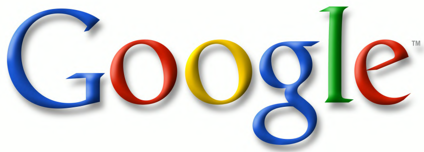
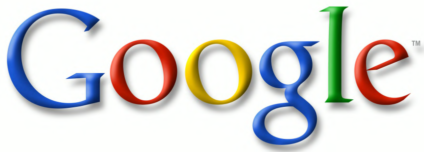
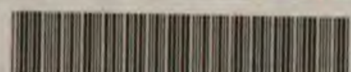
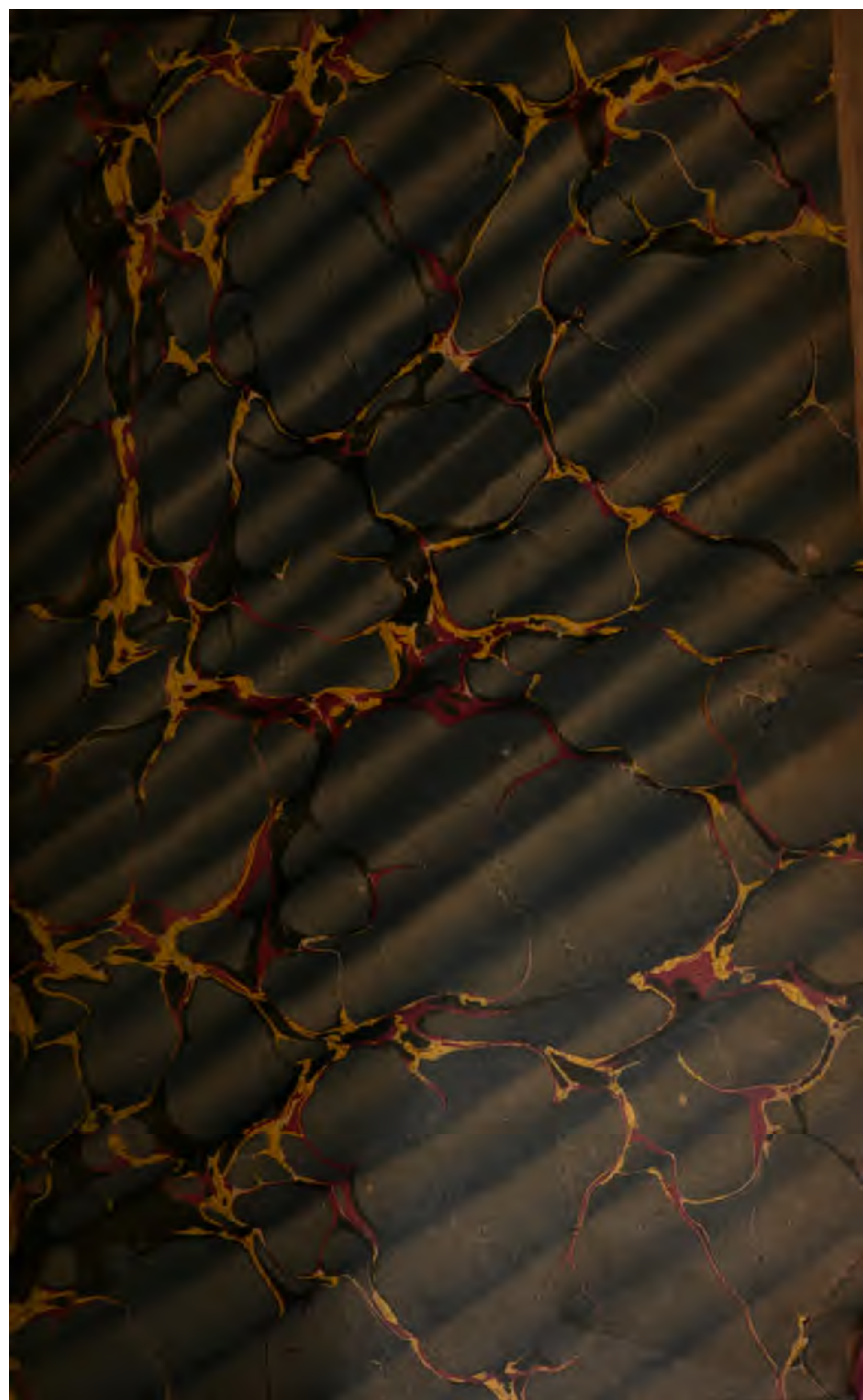





3 2044 103 174 413



France

LE

DIVORCE

ET LA

SÉPARATION DE CORPS

OUVRAGES DU MÊME AUTEUR

JURISPRUDENCE DE LA COUR DE CASSATION, sur la loi électorale de 1874, par Henri Coulon, avocat à la Cour d'appel........ 1 fr. 50

JURISPRUDENCE DE LA COUR DE CASSATION, sur la loi relative à l'ivresse publique, par Henri Coulon, avocat à la Cour d'appel.. 1 fr. 50

ÉTUDE PRATIQUE ET PROJET DE LOI SUR L'APPLICATION DU JURY EN MATIÈRE CORRECTIONNELLE, par MM. Albert Faivre et Henri Coulon, avocats à la Cour d'appel.............................. 1 fr. »

MANUEL-FORMULAIRE DU DIVORCE ET DE LA SÉPARATION DE CORPS, contenant les lois du 27 juillet 1884 et 20 avril 1886, article par article : 1° la législation antérieure ; 2° le résumé des travaux et débats parlementaires ; 3° l'exposé complet et raisonné de la doctrine et de la procédure ; 4° le sommaire des principales décisions rendues de 1809 à ce jour, par les tribunaux français et étrangers, avec les renvois aux recueils; 5° un modèle de chaque acte de la procédure en divorce : une table alphabétique et analytique, très détaillée, rend les recherches des plus faciles, par Henri Coulon, avocat à la Cour d'appel de Paris. *Cinquième édition*, entièrement refondue. 1 volume de plus de 600 pages avec un appendice contenant la jurisprudence jusqu'en 1891................... 6 fr. 50

JURISPRUDENCE DU DIVORCE, recueil, par ordre chronologique, contenant : 1° le texte des arrêts de principes rendus en causes de Divorce, depuis 1803 jusqu'en 1886, par les tribunaux français et étrangers ; 2° le texte de toutes les décisions des tribunaux étrangers, citées par les divers commentateurs de la loi rétablissant le Divorce, par Henri Coulon, avocat à la Cour d'appel de Paris. 1 fort et beau volume in-18. Deuxième tirage............ 5 fr. »

COMMENTAIRE DE LA LOI SUR LES MARCHÉS A TERME, par Henri Coulon, avocat à la Cour d'appel. 1 volume.................. 1 fr. 50

DE LA CONDITION DES ENFANTS NATURELS RECONNUS DANS LA SUCCESSION DE LEURS PÈRE ET MÈRE. — Ce qu'elle a été. — Ce qu'elle est. — Ce qu'elle devrait être, par Henri Coulon, avocat à la Cour d'appel. 1 volume...................................... 2 fr. 50

CODE PRATIQUE DES ASSURANCES MARITIMES, DU DÉLAISSEMENT, DES AVARIES, DU JET ET DE LA CONTRIBUTION, par Henri Coulon et Georges Houard, avocats à la Cour d'appel. 2 volumes.. 16 fr. »

DES AGENTS DIPLOMATIQUES. De leurs fonctions, de leurs droits, de leurs devoirs, par Henri Coulon, avocat à la Cour d'appel. 1 volume.. 2 fr. 50

LÉGISLATION NOUVELLE DES FAILLITES. La liquidation judiciaire et la faillite, commentaire de la loi du 4 mars 1889. — Débats parlementaires. — Doctrine. — Procédure. — Jurisprudence. — Formules, par Henri Coulon, avocat à la Cour d'appel. 1 volume. 9 fr. »

LE DIVORCE ET LA SÉPARATION DE CORPS. — *Tome premier* : 1re partie. Le divorce et la séparation de corps dans l'histoire. 2e partie. Législation du divorce et de la séparation de corps en France. — *Tome deuxième* : Le divorce et la séparation de corps devant la Chambre et devant le Sénat. 1re partie. Rapports aux Chambres. 2e partie. Débats parlementaires, discussion article par article. — *Tome troisième* : Code annoté du Divorce et de la séparation de corps, article par article. — *Tome cinquième* : Doctrine. Procédure. Ch. III. Des effets du Divorce. Ch. IV. De la séparation de corps. Ch. V. De la conversion. Ch. VI. Dispositions transitoires. Ch. VII. De l'action en désaveu. Ch. VIII. De l'Enregistrement. Ch. IX. Formules. Circulaires. — *Tome sixième* : Droit international. 1re partie. Du divorce et de la séparation de corps des étrangers en France. 2e partie. Du divorce et de la séparation dans le Monde.

IMPRIMERIE GÉNÉRALE DE CHATILLON-SUR-SEINE. — M. PEPIN.

LE

DIVORCE

ET LA

SÉPARATION DE CORPS

HISTOIRE — LÉGISLATION
DÉBATS PARLEMENTAIRES — JURISPRUDENCE
DOCTRINE — PROCÉDURE
DROIT INTERNATIONAL — FORMULES

PAR

HENRI COULON
AVOCAT A LA COUR DE PARIS

TOME QUATRIÈME

DOCTRINE — PROCÉDURE

Ch. I. — *Des causes du divorce et de la séparation et corps*
Ch. II. — *De la Procédure du divorce et de la séparation de corps*



PARIS
MARCHAL ET BILLARD, IMPRIMEURS-ÉDITEURS
LIBRAIRES DE LA COUR DE CASSATION
27, PLACE DAUPHINE, 27

1892

QUATRIÈME PARTIE

DU DIVORCE ET DE LA SÉPARATION DE CORPS AU POINT DE VUE DE LA DOCTRINE ET DE LA PROCÉDURE

CHAPITRE I

DES CAUSES DU DIVORCE

Section I. — Généralités.

Le divorce est la dissolution, entre époux vivants, d'un mariage valablement contracté et la faculté pour chacun d'eux de former une nouvelle union. Son caractère principal, celui qui le distingue plus particulièrement de la séparation de corps, réside dans cette faculté donnée aux conjoints désunis judiciairement de contracter une nouvelle union. *Manuel Formulaire du divorce.* Coulon, 5e édit. p. 31.

Il ne faut pas confondre la dissolution du mariage, résultat d'un divorce légalement prononcé, avec la dissolution du mariage, résultat d'une déclaration de nullité de l'acte constitutif. Après le divorce, le mariage continue à produire certains effets qu'on ne retrouve pas après une

annulation de mariage; en outre, en principe et sauf quelques exceptions, le divorce ne peut être prononcé que pour des faits postérieurs au mariage; la nullité de l'acte constitutif, au contraire, ne peut résulter que de faits antérieurs.

Le mariage légalement contracté a fait naître entre chacun des époux et les parents de l'autre une affinité ou alliance qui produit certains effets légaux. Ce lien continue-t-il à subsister après la dissolution du mariage ? La question est controversée. Voici néanmoins l'opinion la plus généralement admise. Il faut distinguer s'il existe ou non des enfants après la dissolution. S'il en existe, on décide que l'affinité continue à subsister; s'il n'y en a pas ou s'ils viennent à mourir, on décide que l'alliance cesse. On consultera utilement sur ce sujet D., 50, 3, 15, notes 1 et 2, et D., 67, 3, 54, note 3. Quelle que soit l'opinion que l'on adopte quant aux effets de l'alliance après la dissolution du mariage par la mort, on doit appliquer cette opinion à la dissolution résultant du divorce.

La Convention Nationale consultée sur une question qui impliquait la solution de celle relative aux effets du divorce quant à l'alliance a, dans sa séance du 14 messidor an II, décrété que « le divorce faisait cesser tous les effets de l'alliance, entre les époux qu'il désunit, quoique ces effets subsistent à l'égard des enfants du divorcé ». On trouvera le texte de ce décret, D., V° Sép. de corps, page 889, col. 1 et à sa date dans *La Jurisprudence du divorce*, de Coulon et Faivre. Mais la généralité des auteurs et des tribunaux ne sont pas de cet avis; ainsi on n'admet pas que les empêchements au mariage résultant de l'alliance puissent disparaître après le divorce prononcé.

Le divorce résultant toujours d'une décision judiciaire,

doit bénéficier du principe qui rend la chose jugée inattaquable après un certain temps. Ainsi ni les époux, ni leurs enfants, ni les tiers intéressés ne pourraient, quand la décision judiciaire est passée en force de chose jugée, en se basant sur des irrégularités de procédure devant les tribunaux ou sur toute autre cause, attaquer un divorce prononcé. Une consultation fort intéressante sur ce point est rapportée, D., 38, I, 393. Mais il n'en serait pas de même, pensons-nous, si les motifs invoqués étaient uniquement relatifs à la solennité ou aux conditions prescrites pour la prononciation du divorce ou la célébration du nouveau mariage, car l'acte de l'état civil ne peut bénéficier du principe qui protège les décisions judiciaires. Si donc les conditions essentielles à la validité de l'acte de l'état civil prononçant le divorce n'ont pas été observées, il ne saurait y avoir légalement divorce et la nullité entachant cet acte rejaillirait nécessairement sur les actes postérieurs et qui n'en seraient que la conséquence. Par exemple, un mariage, contracté après un divorce illégalement prononcé, ne devra produire aucun effet civil et les enfants qui en naîtront seront adultérins sauf, bien entendu, l'application des règles spéciales aux mariages putatifs, s'il y a lieu. Coulon, *op. citat.* p. 33.

Il est à peine besoin de faire remarquer que le divorce étant d'ordre public, les conventions particulières ne sauraient déroger valablement aux dispositions des articles 227 et suiv. C. civ. En conséquence serait radicalement nulle la clause d'un contrat de mariage par laquelle des époux s'interdiraient de recourir à ce mode de dissolution de l'union qu'ils se proposent de contracter.

Le divorce n'a plus lieu en France que pour causes

déterminées, le divorce par consentement mutuel a été supprimé et de plus, les deux époux ont été mis sur un pied d'égalité absolue : ces deux traits caractérisent la loi nouvelle au point de vue des causes du divorce. On entend par, causes déterminées, des faits qui constituent une infraction grave aux obligations qui naissent du mariage. Ce sont : l'adultère, les excès, sévices et injures graves, la condamnation à une peine afflictive et infamante, enfin la conversion de la séparation de corps en divorce, car la séparation de corps ne peut être prononcée que pour les causes déterminées qui autorisent le divorce.

Il va sans dire qu'il ne peut y avoir de divorce hors des cas prévus par la loi, et il est tout aussi évident que ces cas sont de stricte interprétation. L'indissolubilité du mariage est la règle ; ce n'est qu'à regret et forcé par la faiblesse humaine, que le législateur admet des exceptions. La cour de Colmar avait fait en 1807 une singulière application de ce principe qui est d'ailleurs en opposition absolue avec toute la jurisprudence depuis cette époque, mais qu'il est intéressant de signaler pour bien préciser le principe. Un époux demandait le divorce pour cause d'injure grave ; le jugement l'admit en faisant résulter l'injure grave, de l'adultère. La Cour réforma cette décision, en décidant qu'il n'y avait pas lieu à prononcer le divorce, parce que l'injure grave était une cause distincte de celle qui se fondait sur l'adultère, d'où elle concluait que l'adultère ne pouvait pas être considéré comme une injure grave. Colmar, 8 décembre 1807. Dalloz. V° *Séparation de corps*, n° 438. Il est certain que la Cour de Colmar se trompa en la circonstance ; dès qu'une cause légale de divorce est établie, il en résulte un droit pour l'époux innocent, et ce serait compromettre ce droit, que

de se prévaloir de la moindre irrégularité pour l'entraver et l'anéantir. *Sic.* Laurent, *Principes de droit civil*, t. III. p. 218, — Zachariæ, trad. Massé et Vergé, t. I. § 137, note 3, p. 248.

Il n'en est pas moins constant, ainsi que nous le disons plus haut, que les causes de divorce et de séparation de corps sont essentiellement limitatives. Cette règle ne fléchirait même pas au profit d'étrangers dont la loi nationale admettrait d'autres causes de divorce ou de séparation de corps que celles de notre Code. Tout ce qui régit cette matière est d'ordre public ; les tribunaux ne sauraient donc s'en écarter sous aucun prétexte.

Les causes déterminées du divorce ont certains caractères communs. Ainsi :

1° Elles ne s'excluent pas les unes des autres.

2° Elles ne peuvent être invoquées que par le conjoint dans la personne de qui elles ne se sont pas réalisées, *nemo auditur propriam turpitudinem suam allegans.*

3° Elles doivent être sérieuses, en ce sens que si le Tribunal venait à découvrir avant le prononcé du jugement qu'elles sont l'effet d'un concert frauduleux entre les époux, il devrait suspendre le prononcé du divorce, qui ne peut avoir lieu pour consentement mutuel. Dalloz, V° *Sép. de corps,* n° 18. — Carpentier, *Traité du divorce*, p. 68.

Mais si elles obéissent à certains principes communs, sous d'autres rappports elles se distinguent très nettement les unes des autres :

1° L'adultère, les excès et les sévices ne se conçoivent que postérieurement au mariage contracté, la révélation d'une condamnation à une peine afflictive et infamante encourue par l'un des époux antérieurement au lien matri-

monial mais inconnue de son conjoint à ce moment-là, peut constituer une cause suffisante de séparation de corps ou de divorce. Toullier, t. III, p. 41 ; Massé et Vergé, t. I, p. 250, note 15 ; Proudhon, t. I, p. 491 ; Marcadé, t. II, p. 332 ; Demolombe, t. IV, nº 392 ; Coulon, 5ᵉ édit. p. 89 ; Carpentier, p. 89, nº 35. *op. citat.* ; Massol, nºˢ 9 et 57 ; Laurent, *op. citat.*, t. III, nº 192. Comparer : Paris, 25 mai 1837, Dalloz. Rep. Vº *Sépar.* nº 62 ; Trib. Anvers, 14 février 1873. *Pas.* 73. 3. 118 et *Belg. Jud.* 1874, 857. *Contra* : Duranton, t. II, nº 562 ; Massol, p. 55 ; Trib. Anvers, 27 mai 1876. *Pas.* 77. 3. 272.

La question s'est d'ailleurs posée d'une façon générale, relativement à tous les faits d'injures, puisque, en ce qui concerne les condamnations elles-mêmes, on n'avait envisagé que l'injure que contenait leur dissimulation. Dalloz, Rep. Vº *Sép. de corps*, 61 ; Paris, 25 mai 1837 ; Bordeaux, 22 mars 1826. *Contra :* Paris, 15 février 1876. D. 76. 5. 405 et Trib. Anvers, 14 février 1873, *Pas.* 73. 3. 118.

2º L'adultère et la condamnation à une peine afflictive et infamante constituent des causes péremptoires de divorce, il suffit d'en établir l'existence pour que le juge soit obligé de déclarer le mariage dissous, l'appréciation de ce qui constitue les sévices ou injures graves, est laissée souverainement aux juges du fait, avec le pouvoir corrélatif d'en faire ou non à leur gré, la base d'un divorce. Cass. Req. 7 fév. 1872. D. C. 72. 1, 252 ; Cass. Req. 17 déc. 1872. D. 73. 1, 156 ; Csss. Reg. 14 mai 1872. D. 73. 1, 18. Quant aux excès, il existe sur leur nature deux opinions absolument opposées : les uns tiennent pour le caractère péremptoire de cette cause. Aubry et Rau, t. IV, p. 115 ; les autres l'assimilent, au contraire, aux faits d'injures et de sévices. Vazeille, t. II, nº 541 ; Demolombe,

t. IV, n° 384; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 406 ; Demante, t. II, n° 7 bis, 1.

3° L'étendue d'application des différentes causes de divorce n'est pas la même.

4° Certaines différences existent quant à l'effet que peut produire dans une demande de divorce la réciprocité des torts.

5° En cas de divorce prononcé pour cause d'adultère, l'époux coupable ne peut jamais se remarier avec son complice art. 298.

Les moyens sur lesquels peut se fonder une demande en divorce sont les mêmes que ceux qui peuvent servir de base à une demande de séparation de corps. La loi n'a pas plus d'antipathie pour le divorce qu'elle n'a de sympathie pour la séparation de corps, et c'est pour cette raison qu'elle a établi les mêmes bases pour les deux actions.

Section II. — Du divorce pour cause d'adultère.

L'adultère (*ad alterum thorum vel uterum accessio*) est la violation consommée de la foi conjugale par la femme ou par le mari.

Trois éléments sont nécessaires pour le constituer:

1° L'union consommée des sexes;

2° Le mariage de l'une des parties;

3° La volonté coupable de la personne mariée.

Il faut absolument la réunion de ces trois éléments pour constituer l'adultère, qui donne au mari et à la

femme ouverture aux actions en divorce tirées des articles 229 et 230.

Si l'un d'eux faisait défaut, il n'y aurait pas adultère. Ainsi la violation de la fidélité conjugale commise sous l'empire d'influences extérieures telles que des menaces de mort ou d'autres dangers de même nature ne saurait constituer un adultère parce que le consentement, si tant est qu'il n'y ait pas eu viol, a été vicié. De même si elle a été commise dans un accès d'aliénation, sous l'empire d'un narcotique ou encore par suite d'erreur sur la personne. Coulon, 5e édit. p. 36, *op. citat.*

Le premier point, le fait matériel de l'adultère n'exige aucun développement, il est universellement reconnu que les privautés les plus familières, si elles n'aboutissent pas en définitive à un rapprochement sexuel sont impuissantes à constituer l'adultère. Il est incontestable de même que dans certains actes immoraux qui ne constituent pas l'adultère, les tribunaux peuvent voir une injure grave de nature à faire prononcer le divorce, mais le cas tomberait alors sous l'application de l'article 231, et non des articles 229 et 230, et ainsi que nous le savons déjà cette distinction a une importance.

La nécessité pour l'époux coupable de se trouver placé dans les liens d'un véritable mariage, qui forme la seconde condition requise pour l'existence de l'adultère n'est guère plus difficile à justifier. L'obligation de fidélité n'est imposée par la loi qu'à ceux qui font profession de lui obéir et de la respecter. Elle ignore les unions libres, elle ne pouvait donc pas les réglementer. Carpentier, *op. citat.* p. 73.

Mais le divorce pourra-t-il être demandé contre un ma-

riage putatif, contre un mariage annulable, contre un mariage qui serait déjà sous le coup d'une première procédure en divorce encore pendante devant les tribunaux? Evidemment, oui, un mariage ne cesse de valoir comme tel qu'autant que la nullité dont il pouvait être affecté est prononcée, ou que sa dissolution a été proclamée à la suite d'une cause également reconnue.

Il est évident, par exemple, que l'époux dont le conjoint serait mort ne pourrait pas demander que le divorce fût prononcé contre son ancienne union.

Arrivons maintenant au troisième élément constitutif de l'adultère, la connaissance par l'époux coupable de l'acte qu'il commet et son consentement à le commettre. En thèse générale, il est certain que le conjoint incriminé ne pourra être considéré comme adultère, qu'autant qu'au fait même de l'infidélité accomplie se sera jointe chez lui l'intention déterminée d'en arriver là. Aussi est-il universellement reconnu qu'une femme qui aurait été la victime d'un viol ne serait pas coupable d'adultère. Il est également admis par tout le monde que si l'infidélité n'avait été que le résultat d'une fraude, comme la substitution d'un tiers à la place de l'autre conjoint, le divorce n'en pourrait pas résulter. Carpentier, *op. citat.* p. 74 ; Coulon, 5e édit. *op. citat.* p. 37.

Reste le cas de bigamie. Ici plusieurs hypothèses peuvent se poser, toutes de fait et par suite livrées à l'appréciation du juge; nous ne pensons pas devoir les présenter, mais nous croyons qu'un second mariage peut, suivant les circonstances, entraîner ou non le divorce.

En résumé, pour que l'adultère soit imputable au conjoint qui le commet, il faut, mais il suffit, qu'il en ait

conscience, et peu importe le caractère de l'acte derrière lequel il se dissimule.

La conséquence de la modification de l'article 230 du Code civil a été de rétablir l'égalité entre le mari et la femme. L'adultère du mari est aujourd'hui une cause de divorce dans les mêmes conditions que l'adultère de la femme ; aucune circonstance de notoriété, d'habitude, de scandale, de lieu, ou autres éléments constitutifs de l'injure grave, n'est nécessaire ; l'adultère commis par le mari, même une seule fois, à l'insu de tous, hors de la maison conjugale, s'il est établi, est une cause de divorce.

Ceci nous amène à établir que l'adultère est une cause péremptoire de divorce et nous allons trouver cette preuve dans les débats parlementaires qui ont précédé le vote même de l'art. 230.

Les Tribunaux, disons-nous, n'ont point à rechercher dans quelles conditions l'adultère a été commis, car quelles qu'elles soient, nous le répétons, l'adultère du mari est une cause péremptoire de divorce au même titre que l'adultère de la femme. La mission du juge devra se borner à rechercher si le fait d'adultère est établi ; le seul tempérament que les tribunaux pourront apporter à ce qu'on appelle la rigueur de la loi sera de se montrer difficiles sur la preuve qui reste dans leur appréciation souveraine, mais celle-ci faite par eux, ils sont liés. *Dura lex, sed lex.* M. le Rapporteur au Sénat, a bien posé la question, il a nettement déterminé les conséquences de l'adoption de l'amendement de MM. Demôle et de Pressensé. « Le débat entre nous a-t-il dit, ne porte pas sur le point » de savoir si la faute du mari est excusable, mais sur le » point tout à fait différent de savoir si cette faute doit » avoir, *nécessairement et dans tous les cas*, pour consé-

» quence la dissolution de l'union conjugale; si le magis» trat sera toujours, nécessairement, *obligatoirement*, » dans la nécessité de prononcer le divorce toutes les fois » que la femme lui apportera la preuve d'une faute com» mise par son mari. » Voilà qui est clair, qui est précis! Il semble qu'après ces paroles le Parlement a bien su et voulu ce qu'il faisait et que le commentateur n'a plus qu'à s'incliner devant un texte aussi lumineux.

Nous avons insisté sur ce point parce que MM. Botton et Lebon, *Code annoté du divorce*, et Frémont, *Traité pratique du divorce et de la séparation de corps*, attribuent aux tribunaux un pouvoir d'appréciation que nous regrettons de ne pouvoir leur reconnaître. Après avoir conclu dans le même sens que nous sur les conséquences à tirer de la nouvelle rédaction de l'article 230, les auteurs du *Code annoté du divorce* ajoutent, page 25: « Cepen» dant on peut faire valoir une différence de rédaction entre » les articles 229 et 230 d'une part, et l'article 232 de » l'autre. Ce dernier décide que la condamnation à une » peine afflictive et infamante *sera* une cause de divorce ; » les articles 229 et 230 disent que le mari ou la femme » *pourra demander* le divorce pour cause d'adultère. Il » en résulte dans ce dernier cas un certain pouvoir d'ap» préciation réservé aux tribunaux. » L'argument est plus spécieux que fondé. Si les rédacteurs du Code se sont servis du mot *sera* dans l'article 232, c'est afin d'en abréger la teneur en évitant une périphrase. D'ailleurs, personne ne doute que l'adultère de la femme est une cause péremptoire de divorce. Or, les articles 229 et 230 étant rédigés dans les mêmes termes, si l'argument est bon pour l'article 230, il est bon également pour l'article 229, et il faudrait reconnaître aux tribunaux le pouvoir d'appré-

cier les circonstances de l'adultère commis par la femme; on peut voir dans le passage du discours du Rapporteur cité ci-dessus que cette hypothèse d'un tribunal appréciant l'adultère de la femme ne lui semble même pas admissible un seul instant. Mais si les Tribunaux n'ont pas le droit d'appréciation quand le divorce est demandé contre la femme; pour cause d'adultère, ils ne sauraient l'avoir davantage dans l'hypothèse inverse, puisqu'il est constant que la volonté du législateur en modifiant l'article 230 a été de mettre l'homme et la femme sur un pied d'égalité absolue au point de vue des conséquences civiles de l'adultère.

« Nous avons pensé, disait M. Naquet, séance du 15 juin 1882, qu'après avoir proclamé le principe des devoirs égaux des époux dans le titre du mariage, il ne fallait pas immédiatement proclamer le principe contraire dans le titre du divorce.

D'ailleurs, il y a là une question de haute moralité. Il a été dit que la civilisation d'un pays se reconnaissait aux droits dont y jouit la femme, à l'égalité plus ou moins grande qui existe entre elle et l'homme. Je ne me rappelle pas le texte même de la maxime qui est de La Rochefoucauld. Actuellement ce principe de l'égalité morale entre les deux sexes, nous avons la bonne fortune de pouvoir le proclamer, le faire prévaloir dans la loi, sans que cela nous coûte rien. » *J. O.* 16 juin 1882, p. 918, col. 1.

Enfin, M. Demôle terminait son discours au Sénat, dans la séance du 20 juin 1884, par cette remarquable péroraison: « Dans un moment mémorable de notre Révolution, les classes privilégiées, cédant à l'entraînement général, firent le sacrifice de leurs privilèges sur l'autel de la patrie. Vous n'êtes pas les privilégiés de la noblesse, mais

vous êtes les privilégiés de la force ; faites enfin le sacrifice de ce privilège de la supériorité du sexe masculin aux justes revendications du sexe féminin, ayez votre nuit du 4 août. » *J. O.*, 21 juin 1884, p. 1130, col. 1.

M. Robert Frémont, après avoir reconnu qu'il y a des cas d'adultère du mari où le divorce sera nécessairement prononcé, se demande ce qu'il adviendra au cas d'un adultère banal, d'un fait isolé, d'une légèreté aussitôt oubliée et aussitôt regrettée que commise. Voici comment il résout la question : « Les circonstances décideront. Y a-t-» il eu scandale ? Y a-t-il eu outrage ? Appréciation sou» veraine ! Les juges pourront tenir compte de la jeunesse » du mari, du caractère de la femme, des difficultés » d'ordre intérieur, etc. ; ils pourront peut-être tenir » compte des torts de l'épouse outragée, car il ne s'agit » plus ici de séparation de corps, la solution est autre» ment grave et les juges devront regarder à deux fois » avant de prononcer la dissolution d'un mariage dont la » bonne harmonie n'est peut-être que momentanément » troublée par la faute du mari. » *Traité pratique du divorce et de la séparation de corps*, p. 19. Réflexions fort justes, très sensées, mais ce sont des réflexions purement philosophiques. Dans cet ordre d'idée on consultera avec intérêt un article publié dans le journal *La Loi* des 7 et 8 juillet 1884 et où M. Fuzier-Herman fait avec talent la critique du nouvel art.230 et dans lequel il interprète cet article dans le même sens que nous puisqu'il reconnaît à l'adultère du mari le caractère de cause péremptoire de divorce et qu'il regrette de voir le tribunal abaissé « au degré d'un bureau d'enregistrement ». Mais nous sommes bien obligés de reconnaître que les réflexions de M. Frémont ne sont nullement conformes à la pensée du législateur.

Nous avons démontré en effet précédemment que l'adultère du mari est une cause péremptoire de divorce, au même titre que l'adultère de la femme ; que le législateur a voulu établir l'égalité des sexes devant les conséquences civiles de l'adultère et que les tribunaux n'ont d'autres attributions au cas des art. 229 et 230 que de constater l'existence de l'adultère, cette constatation faite, avons-nous dit, ils sont liés. C'est aussi l'opinion de M. Goirand, *Traité pratique du divorce*, p. 3, qui s'exprime ainsi : « Sous l'em-
» pire du nouveau texte, le pouvoir discrétionnaire du juge
» disparaît ; et il doit prononcer le divorce pour cause
» d'adultère du mari toutes les fois qu'il se trouve dans
» des circonstances telles qu'il l'aurait prononcé, si le
» mari l'avait demandé pour cause d'adultère de sa
» femme, c'est-à-dire quels que soient le lieu et les cir-
» constances dans lesquels il a pu se produire. » Coulon, 5e édit. *op. citat.* p. 53.

Après avoir exposé les faits constitutifs de l'adultère, il convient de rechercher comment l'adultère lui-même peut être établi.

Tous les modes de preuves doivent être admis. Aucun article du Code civil n'exige qu'il y ait une constatation judiciaire, c'est-à-dire une condamnation correctionnelle, ou une constatation par acte extra-judiciaire. Assurément quand il y aura condamnation pour délit d'adultère, la preuve sera plus évidente et plus facile à faire, mais à défaut de cette condamnation, nous pensons que la preuve pourra résulter de lettres échangées entre les coupables, de la déposition de témoins et de toutes circonstances de nature à créer dans l'esprit du juge une conviction inébranlable qui ne lui laisse aucun doute sur la consomma-

tion de l'adultère. Donc, pour nous résumer sur ce point, le flagrant délit sera le mode le plus certain et le plus rapide, mais il ne sera pas le seul pour établir le bien fondé d'une demande en divorce basée sur les articles 229 et 230. Coulon, 5e édit. *op. citat.* p. 37.

On a constaté que l'aveu de la partie peut servir à établir son propre adultère. On en a donné pour raison que si l'aveu était admis les époux en feraient un moyen constant de divorce par consentement mutuel. Mais lorsqu'on parle de l'aveu, suppose-t-on nécessairement qu'il intervienne seul et sans motifs? Si nous admettons donc à la rigueur que des juges auxquels on soumettrait une demande en divorce basée sur l'adultère, dans laquelle il n'y aurait d'autre preuve qu'un aveu échappé en justice, pussent se montrer méfiants sur la sincérité de cet aveu, nous ne voyons pas d'autre part, pourquoi des tribunaux seraient autorisés à ne pas tenir compte d'un aveu qui aurait été arraché, par exemple, à un conjoint, à un moment où il se serait trouvé avec sa complice dans une situation telle, que de graves présomptions pussent déjà s'élever contre sa fidélité *Sic.* Carpentier, *op. citat.* p. 80. Nancy, 31 déc. 1883, Cass. 15 juillet 85. *Jurisp. du Divorce.* Coulon, 5e édit. sous l'article 229 ; Trib. de Marseille, 26 fév. 1885. *Gaz. Trib.* 6 août 1885 ; Toulouse, 18 mai 1884. *Gaz. Pal.* 17 juillet 1886; Trib. de la Seine, 23 juillet 1885. *Gaz. Pal.* 85. 2e s. p. 223; Trib. de Tours, 3 fév. 1885, *Loi,* 17 juin 1885; Trib. de la Seine, 2 fév. 1885, *Gaz. Pal.* 85, 1, 73. Coulon, *Le divorce et la séparation,* t. III, art. 229 et 230.

En ce qui concerne l'admissibilité des lettres missives comme moyen de preuve de l'adultère, nous ne pouvons

mieux faire que de reproduire ici une note de M. Beauchet, professeur de droit à la Faculté de Nancy, dont nous partageons absolument la manière de voir. Cette note a paru dans les Pandectes, année 1890, sous un arrêt de la cour de Cassation du 2 octobre 1889. Elle est un peu étendue, mais la matière est complexe et a besoin d'être complètement traitée.

« La production en justice des lettres missives dans les procès en séparation de corps et divorce, dit M. Beauchet, a donné lieu à des difficultés assez sérieuses, qui tiennent au silence que le Code a gardé sur ce qui concerne les lettres missives. Il est tout d'abord un point sur lequel tout le monde est d'accord aujourd'hui, et l'on admet que les époux peuvent produire en justice, dans une instance en séparation de corps ou en divorce, toutes les lettres qui leur ont été écrites par leur conjoint et qui peuvent contenir des injures ou des outrages. Cette solution est conforme au principe général que toute lettre devient la propriété de celui à qui elle est adressée, du moment qu'elle lui est remise ; or on ne peut contester au propriétaire d'un titre quelconque le droit d'en faire usage pour justifier une demande qu'il forme en justice. Peu importe que l'injure renfermée dans la lettre ne soit pas publique, car la loi n'exige pas la publicité. Si, d'ailleurs, on n'admettait pas l'époux à fonder sa demande en séparation de corps ou en divorce sur la correspondance injurieuse de son conjoint, on le réduirait, la plupart du temps, à l'impossibilité de prouver les injures dont il est en droit de se plaindre; car, par la nature même des relations qui existent entre les deux conjoints, les torts de l'un envers l'autre sont presque toujours secrets et se dérobent, en général, aux regards du public. La doctrine et

la jurisprudence sont unanimes sur ce principe. Merlin, Rép., V° *Lettre missive*, n. 6 ; Favard, Rép., V° *Séparation entre époux* § 1, n. 4 ; Massol, *Séparation de corps*, p. 41, n. 5; Aubry et Rau, t. V, § 491, p. 177; Demolombe, *Tr. du mariage*, t. II, n. 393 ; Laurent, t. III, n. 204; Rousseau, *Tr. de la correspondance*, n. 144. — Dijon, 30 pluv. an XIII, S. chr. — Poitiers, 29 juill. 1806, S. chr. — Cass., 9 nov. 1830, D. P. 30. 1. 398. — Bruxelles, 9 mars 1863, *Pasicr.*, 65. 2.351. — Bruxelles, 25 juin 1867, *ibid.*, 67. 2. 351. — Cass., 13 janv. 1872, D. P. 73. 1. 17.

Mais la controverse s'élève lorsqu'il s'agit de savoir si l'un des époux a le droit de produire en justice les lettres adressées par son conjoint à des tiers. Différentes opinions ont été proposées. Dans l'une d'elles, toute lettre missive serait, par son caractère même, confidentielle et pour ainsi dire incommunicable; aucun autre que celui qui l'a reçue ne pourrait donc s'en faire un moyen de preuve contre celui qui l'a écrite. Comp. Limoges, 17 juin 1824, S. Chr. Dans une seconde opinion, on distingue entre les lettres qui sont confidentielles et celles qui n' ont pas ce caractère. Ces dernières seules peuvent être produites; quant aux premières, elles ne peuvent jamais faire l'objet d'aucune production, car leur auteur en les écrivant, a dû croire que le secret serait gardé, et le secret doit par conséquent être inviolable. On admet donc, dans cette opinion, que les lettres écrites par l'époux défendeur à des tiers ne peuvent, en général, être reçues à titre de preuve qu' avec le consentement de ces derniers, et doivent, malgré ce consentement, être rejetées quand elles ont un caractère purement confidentiel. Toutefois, comme il appartient aux tribunaux d'apprécier souverai-

nement le caractère des lettres produites, on reconnaît, dans ce système, que l'admission même d'une lettre qui aurait dû être rejetée comme étant de nature confidentielle ne peut, en l'absence de texte sur la matière, donner ouverture à cassation. Merlin, Rép., V° *Lettre*, n. 6 ; Aubry et Rau, t. V, n. 491, p. 180, texte et note 35; Laurent, t. III, n. 203. — Limoges, 17 juin 1824. S. Chr. — Aix, 17 déc. 1834, S. 35. 2. 172. — Cass., 31 mai 1842, D. P. 42. 1. 329, — Comp. Cass., 21 juill. 1862, S. 62. 1. 521. Enfin, on enseigne, dans une troisième opinion que, dans la matière qui nous occupe, le caractère confidentiel des lettres ne doit nullement être pris en considération, et que, en raison de la nature intime et secrète des griefs, le droit d'investigation et de production doit avoir une étendue exceptionnelle. On conclut en conséquence : 1° que toute lettre même confidentielle, adressée à un tiers par l'époux défendeur, peut être produite par l'époux demandeur ; 2° que celui-ci peut, s'il ne la possède pas, en exiger la production du tiers, ou le faire interroger comme témoin sur le contenu de la lettre, qui ne sera pas produite. Massol, *loc. cit.*, 42, n. 6; Vanier, *Des lettres missives*, p. 17-18 ; extrait de la *Revue pratique*, 1866, t. 21; Demolombe, *loc. cit.*, n. 395; Legris, *Du secret des lettres missives*, n. 109 et suiv. ; Rousseau, *loc. cit.*, n. 145. — Paris, 22 février 1860, S. 60. 2. 231.— Alger, 12 nov. 1866, S. 67. 2. 152. — Dijon, 11 mai 1870, S. 72. 2.38, D. P. 71. 5. 238. — Bruxelles, 28 avril 1875, S.77. 2. 161, D. P. 76. 25. — Paris, 11 juin 1875, S. 75. 2. 200.—Rouen, 13 nov. 1878, S. 79. 2. 80, D. P. 80. 2. 190.— Bordeaux, 13 janv. 1879, S. 80. 2.108, D. P. 80. 2. 190. — Bruxelles, 30 juin 1881, S. 81. 2. 54. — Lyon, 6 mars 1883, D. P. 85. 2. 191. — Liège,

6 janv. 1889, et Paris, 31 juill. 1889, *Droit* du 12 octobre. V. ces arrêts. Coulon, *Le divorce et la séparation*, t. III, art. 230 et 231.

Entre ces trois opinions, la dernière nous paraît préférable, bien que les deux premières puissent se recommander par un profond sentiment d'honnêteté. Dans les procès en divorce ou en séparation de corps, il est de l'intérêt général que la vérité se fasse jour et que les coupables soient flétris. Un époux qui oublie les devoirs que lui impose le mariage n'est point digne d'intérêt, et quand on invoque en sa faveur, pour le soustraire à l'investigation de la justice, l'inviolabilité du secret des lettres, nous répondrons que l'intérêt supérieur de la morale exige que l'autre époux, qui possède des lettres outrageantes pour lui, ait le droit de les produire devant les tribunaux, pour fixer la conviction des magistrats. L'art. 456 C. instr. crim. fournit du reste, dans le sens de cette opinion, un argument concluant. Il nous paraît, d'autre part, que si l'époux demandeur en séparation ou en divorce ne possède pas les lettres adressées par son conjoint à un tiers, il peut assigner ce tiers et demander qu'il soit tenu de les produire, ou du moins qu'il soit interrogé sur la teneur des lettres par lui reçues. En vain ce tiers se retrancherait-il derrière le caractère prétendu confidentiel de la lettre, car, devant la justice, il n'y a pas de confidence. La loi a pris soin d'énumérer les personnes qui, par état ou par profession, sont tenues au secret (art. 378). Donc, du moment que le tiers n'est point compris parmi ces personnes, il peut être assigné dans le but que nous avons indiqué. « *Illi codices vel instrumenta proferre coguntur, qui et testimonium adversus aliquem proferre coguntur* », disait déjà la loi romaine, (L. 22 C., *De fide ins-*

trum.) Il ne semble pas douteux d'ailleurs, ainsi que cela a été décidé dans une question de divorce, qu'une partie est autorisée à invoquer en justice des lettres qui avaient un caractère confidentiel, lorsque l'adversaire en a précisément donné communication à cette partie, qui les a ainsi connues sans avoir employé aucun moyen frauduleux. Gand, 21 mai 1884, D. P. 85. 2. 100.

Jusqu'ici nous avons toujours raisonné sans nous demander quel était l'époux demandeur, car nous estimons que, en principe, le mari et la femme doivent être mis sur la même ligne pour toutes les questions concernant la production en justice de leur correspondance. Il serait impossible, en effet, de faire une distinction sans tomber dans l'arbitraire, et il n'y a pas de raison pour protéger le mari plus que la femme. Sans doute, l'adultère de celle-ci est plus grave dans ses conséquences que celui du mari. Mais, au point de vue de la morale pure et de l'atteinte à la foi jurée, l'adultère du mari n'est pas plus excusable que celui de la femme, et les mêmes moyens de preuve doivent être admis pour l'établir. On aurait pu, alors que l'art. 308 C. civ. était en vigueur, distinguer à l'occasion d'une demande en séparation de corps, suivant que l'époux défendeur était le mari ou la femme. Le mari étant défendeur, l'instance ne pouvait être qu'exclusivement civile. La femme étant défenderesse, l'instance revêtait un double caractère : civile dans les rapports des époux, elle devenait correctionnelle vis-à-vis de la femme, car celle-ci devait être, sur la réquisition du ministère public, condamnée à la peine prévue par l'art. 337 C. pén. Dans cette dernière hypothèse, le principe de l'inviolabilité du secret des lettres devait certainement fléchir devant les intérêts de la justice répressive, tandis qu'on pouvait prétendre à le maintenir

intact au profit du mari défendeur. Mais aujourd'hui que la loi du 27 juillet 1884 a abrogé l'art. 308, et que le moyen tiré de l'adultère laisse toujours à l'instance en séparation de corps ou en divorce son caractère exclusivement civil, quel que soit l'époux défendeur on ne peut songer à établir aucune différence entre la femme et le mari, au point de vue de la preuve par la correspondance échangée entre l'époux coupable et un tiers. Ainsi, nous reconnaîtrons à la femme aussi bien qu'au mari le droit d'assigner en justice, pour produire les lettres, le tiers destinataire, de même qu'ils peuvent l'assigner en témoignage. Nous accorderons de même à la femme comme au mari, le droit d'user de la correspondance que le tiers destinataire leur aurait volontairement remise. La femme spécialement aurait le droit de produire des lettres qu'elle aurait trouvées par l'effet du hasard ou qu'elle se serait procurées sans fraude. Ainsi il a été jugé, et bien jugé, croyons-nous, que, pour établir l'adultère du mari, la femme peut verser aux débats les lettres écrites par ce dernier à sa concubine, alors que ces lettres sont venues en sa possession par suite d'une remise libre et volontaire émanant de la concubine, qui n'ignorait pas l'usage auquel elles étaient destinées. Lyon, 6 mars 1883, D. P. 85, 2. 191.

Ce n'est point cependant que la situation du mari ne soit pas, à certains, égards, supérieure à celle de la femme. Le mari, ainsi qu'on l'admet généralement, a, en vertu de son autorité maritale et de ses pouvoirs comme chef et directeur de la famille, le droit de prendre connaissance de la correspondance de sa femme et d'intercepter ses lettres. Comp. Demolombe, *loc. cit.*, n. 86; Rousseau, *loc. cit.*, n. 140; Vannier, *loc. cit.*, p. 107. Comme le dit

très bien la Cour de Bruxelles, dans l'arrêt précité du 28 avril 1875, « les principes admis en thèse générale quant à l'inviolabilité du secret des lettres confidentielles ne peuvent être appliqués qu'avec certains tempéraments aux personnes qui se trouvent dans une situation spéciale de dépendance . . . Pour remplir dans sa plénitude la mission qui lui est dévolue, le mari a le droit et le devoir d'exercer dans de justes limites une surveillance tutélaire sur les actions de sa femme pour la protéger au besoin contre ses propres égarements. » Des principes qui précèdent il résulte, quant au point spécial qui nous occupe, que le mari peut se servir des lettres adressées à sa femme et qu'il aurait interceptées. La jurisprudence va même plus loin, et elle attribue au mari, comme une conséquence de son droit d'autorité, de produire en justice la correspondance de sa femme, alors même qu'il se serait servi, pour se la procurer, de manœuvres peu loyales. Ainsi il a été jugé que l'adultère de la femme peut être établi par le mari à l'aide de lettres que la femme a écrites à un tiers et que le mari a achetées à ce tiers à prix d'argent. Cass., 9 juin 1883, *Pand. fr. chr.* « Le mari, dit la Cour suprême, a incontestablement, en vertu de l'autorité domestique que la loi lui reconnaît, des droits particulièrement étendus d'investigation et de recherche pour découvrir les preuves soit de l'offense faite à son honneur, soit pour arriver à rejeter de sa famille, par le désaveu, un enfant qui lui est étranger ; il est impossible de lui refuser, pour la protection de ses intérêts et de ceux des siens, une latitude d'action privilégiée ; il serait excessif d'exclure, comme absolument indigne de la justice, toute preuve obtenue par lui au moyen d'un procédé ou expédient auquel il n'a recouru que sous l'influence d'un mobile honorable au fond et en

vue d'un délit que la justice reconnaît constant. » Toutefois d'après un autre arrêt de la même Cour du 15 juillet 1885 *Pand. fr. chr.*, le droit du mari de produire les lettres de sa femme cesserait s'il était constaté que leur détention entre ses mains est le résultat d'un procédé délictueux rentrant dans la prohibition de la loi. Il appartiendrait donc aux tribunaux d'apprécier les conditions dans lesquelles le mari s'est procuré les lettres de sa femme, et ils ne pourraient refuser d'en faire état qu'en déclarant que la possession de ces lettres est le résultat d'un procédé du genre indiqué. On devrait donc dire que la soustraction frauduleuse de lettres opérée par le mari est certainement délictueuse et que, dans ce cas, ce dernier ne pourrait pas se servir de la correspondance de sa femme.

Quant à la femme, elle est dépourvue de toute autorité sur son mari; par conséquent elle ne possède légalement aucun droit de contrôle sur la correspondance de ce dernier. Elle ne pourrait donc point se servir en justice de lettres qu'elle aurait interceptées; cela nous paraît certain. Comp. Rouen, 23 mars 1864, S. 64, 2. 143, D. P. 64. 2. 70. — Caen, 19 décembre 1865. S. 66. 2. 234, D. P. 2. 70. Des arrêts ont même été plus loin, et ont décidé que la femme ne peut pas profiter du hasard pour s'emparer sans fraude de lettres compromettantes pour le mari; qu'ainsi, par exemple, elle ne peut pas se saisir de lettres oubliées négligemment par le mari dans un meuble commun. Paris, 11 juin 1875, S. 75. 2. 200. Il y a là, selon nous, une exagération d'un principe qui en lui-même est exact, et nous croyons que pousser le principe de l'inviolabilité des lettres du mari aussi loin que l'a fait la Cour de Paris, dans l'arrêt précité, constitue une injustice réelle au profit de la femme.

Ainsi que le dit très bien la Cour de Rouen, dans un arrêt du 13 novembre 1878, D. P. 80. 2. 190, qui, dans la même hypothèse, a adopté une solution opposée à celle de la Cour de Paris, lorsque le mari a laissé dans un meuble, au domcile conjugal des documents susceptibles d'épargner aux juges les dispendieuses lenteurs d'une enquête souvent scandaleuse, et que ces papiers tombent entre les mains de la femme outragée, sans qu'elle ait employé des moyens illicites pour se les procurer, il appartient souverainement aux tribunaux d'apprécier le caractère de ces documents et la convenance ou l'opportunité de leur production ; le mari n'a qu'à s'en prendre à lui-même de sa négligence, qui a permis à sa femme de découvrir sa correspondance.

D'après des arrêts rendus en matière de séparation de corps, mais dont la solution serait également applicable en matière de divorce, le principe de l'inviolabilité du secret des lettres s'oppose à ce que des lettres écrites au mari et trouvées au domicile conjugal soient comprises dans l'inventaire dressé, conformément à l'art. 270 C. civ. aujourd'hui article 242, à la requête de la femme demanderesse en séparation. Rouen, 23 mars 1864. — Caen, 19 décembre 1865, précités. L'inventaire en question n'est, en effet, comme le démontrent les termes mêmes de l'art. 270, aujourd'hui 242, qu'une mesure conservatoire qui doit être renfermée dans la limite des intérêts pécuniaires de la femme, afin de la garantir contre les détournements de la part de son mari et assurer le recouvrement de ses droits. La femme ne pourrait donc point exiger que l'inventaire portât sur des papiers étrangers au seul but que poursuit la loi.

Mais, comme cela a été jugé, la femme demanderesse

peut faire usage, pour démontrer l'inconduite de son mari, de lettres confidentielles adressées à celui-ci quand elles sont parvenues dans ses mains en vertu de la mission que lui a donnée son mari commerçant de recevoir et d'ouvrir la correspondance. Cass., 11 juin 1888. Ainsi que le fait remarquer justement cet arrêt, les juges ne pourraient contraindre la femme à délaisser ces lettres, sans la forcer en quelque sorte à accorder un pardon que nul ne peut lui imposer.

Faut-il aller jusqu'à dire comme dernière conséquence des principes que nous avons admis relativement à la femme, que celle-ci, demanderesse en séparation de corps ou en divorce, n'a pas le droit de produire en justice un écrit émané de son mari, alors qu'elle ne peut pas prouver par suite de quelles circonstances cet écrit se trouve entre ses mains? Un arrêt a admis l'affirmative. Nancy, 31 décembre 1885, *Gaz. Pal.*, 86. 1.441. Nous ne saurions cependant admettre la doctrine de cet arrêt, car elle est contraire à cette règle universellement admise que la fraude ne se présume pas. Lors donc que la femme produit une lettre de son mari, c'est à celui-ci, s'il veut en écarter l'effet, à prouver que la lettre n'est parvenue entre les mains de sa femme que par suite d'un moyen dont l'emploi ne lui est pas permis.

Quant à la preuve testimoniale, la jurisprudence et la doctrine admettent que l'adultère peut être prouvé par témoins. Coulon et Faivre, *op. citat.* n° 14, p. 76, Bruxelles, 5 nov. 1831. *Pas.* 31. 289; Bordeaux, 27 fév. 1807. Dal. *Rép.* V° *Sép. de corps*, n° 440. La preuve de l'adultère, peut-elle résulter de la communication du mal vénérien par l'un des époux à l'autre. La jurisprudence est très hésitante en cette matière, et elle considère le plus souvent

la communication du mal vénérien comme une injure grave. Bordeaux, 6 juin 1839, S. 39. 2. 391 ; Besançon, 4 février 1806. S. 6, 2. 402 ; Lyon, 4 avril 1818. S. 19. 2. 131 ; Rennes, 4 mars 1820 ; Rouen, 30 déc. 1840 ; Paris, 9 mars 1858, D. *Rep.* V° *Sép.*, n°s 53 et 54. M. Carpentier se prononce pour l'affirmative, le mal vénérien, d'après lui, pouvant « être considéré dans certains cas, comme la photographie même de l'adultère..... Le mal physique n'est invoqué alors que comme l'attestation du mal moral seul en jeu. » *Contra* : Rennes, 14 juillet 1866. D. 68. 2. 163 ; Paris, 5 février 1876, D. 76. 5. 405. MM. Demolombe, IV, n° 389 et Massol, p. 46, n'admettent cette opinion qu'en ce qui concerne le mal vénérien communiqué au mari par la femme.

On paraît admettre d'une façon générale en doctrine et en jurisprudence que le serment doit être écarté en matière de divorce, et cela sans distinguer entre le serment supplétoire et le serment décisoire. Merlin, *Rép.* t. XIII, V° *Serment*, § 2, art. 2. n° 6 ; Duranton, t. XIII, n° 574. Toullier, t. X, n° 378 ; Bonnier, *Traité des Preuves*, n°s 408-410, Dalloz, *Rép.* V° *Sép. de corps*, n° 262 ; Colmet de Santerre, *Cours anal. de Code civil*, t. V, n° 337 *bis*, Aubry et Rau, t. V, § 491, p. 182. Demolombe, t. IV, n° 475 ; Massol, p. 125 ; Laurent, n°s 206 et 207, t. III ; Le Senne, n°s 349 et 350. Mais tous les auteurs autorisent les juges à tirer parti de l'interrogatoire sur faits et articles qui peut fournir des preuves, prises alors non point dans l'aveu volontaire de la partie mais dans ses dénégations mêmes plus ou moins embarrassées, mensongères et contradictoires. Demolombe, t. IV, n° 476.

Le mari dont la femme a commis un adultère peut agir de deux manières :

1° Il peut demander son divorce devant le tribunal civil, seul compétent pour l'admettre .

2° Il peut, sans former aucune demande en divorce, porter plainte et appeler sur sa conjointe la peine due à son délit, car l'adultère est un délit.

Dans quel délai doit être introduite la demande en divorce pour cause d'adultère ? On sait qu'en matière de délit, la prescription est de trois ans, que ce délai écoulé depuis la consommation de l'adultère, l'époux outragé ne peut pas en poursuivre la répression. En sera-t-il de même pour une demande en divorce, devra-t-elle être introduite moins de trois ans depuis la faute commise? Massol, *De la séparation de corps*, p. 77, se prononce pour la prescription de trois ans. Nous ne saurions être de cet avis. La prescription établie par les articles 637 et 638 C. inst. crim. est spéciale à la procédure criminelle ou correctionnelle et ne saurait, en l'absence d'un texte formel, être étendue aux instances civiles. Après trois ans écoulés, l'époux outragé ne pourra plus saisir le tribunal correctionnel, mais il pourra toujours porter sa demande en divorce devant le tribunal civil. Coulon, 5e édit. *op. citat.* p. 36).

On s'est demandé, si le conjoint poursuivi pouvait invoquer comme fin de non-recevoir ce fait que l'autre époux aurait favorisé l'adultère ? La jurisprudence et la doctrine voient dans cette connivence une excuse, mais n'y voient pas une fin de non-recevoir proprement dite. Bruxelles, 17 fév. 1851, *Pas.* 1851. 2. 219. Bien souvent, du reste, l'excuse sera inutile parce que l'outrage n'existera pas. Comment pourrait-on admettre celui qui profite des écarts et de l'inconduite de son conjoint à venir se plaindre,

alors surtout que c'est lui qui les provoque ? Des calculs aussi éhontés et des trafics aussi bas ne se rencontrent que dans certains milieux interlopes et la plainte d'adultère sera très rare. Paris, 6 avril 1811 ; Dal. *Rep.* V° *Sép. de corps*, n°s 466-468; Paris, 30 décembre 1843 ; Paris, 29 mai 1855; Demolombe, t. IV, n° 415 et les auteurs cités ci-dessus.

L'époux convaincu lui-même d'adultère pourra-t-il néanmoins invoquer l'adultère de son conjoint comme cause de divorce ? Cette question est comprise dans une plus générale que nous examinerons en détail sous le chapitre *Injures*, *excès*, *sévices*, et qui peut se poser ainsi : La réciprocité des torts constitue-t-elle une fin de non-recevoir? La réciprocité de l'adultère crée cependant une difficulté spéciale que nous devons exposer ici. Pour le système qui tend à refuser à l'époux adultère le droit de se faire une arme de l'adultère de son conjoint, on invoque l'art. 336 du Code pénal qui refuse au mari se trouvant dans le cas prévu par l'art. 339 C. pén., le droit de poursuivre la répression de l'adultère de sa femme. Mais pour le système contraire on répond, avec succès selon nous, qu'autre chose est la poursuite d'une action correctionnelle et autre chose la poursuite d'une action civile et que, si dans un cas strictement déterminé le Code pénal refuse le droit de poursuite au mari, ce n'est pas une raison suffisante pour étendre cette prohibition à une action civile ; que l'argument des adversaires qui consiste à dire qu'en reconnaissant le droit de poursuite au mari adultère on lui permet de tourner les articles 336 et 339 du Code pénal puisqu'en invoquant les articles 308 et 309 C. civ., il pouvait obtenir un résultat que lui refusait l'art. 336, n'existe plus, car les articles 308 et 309 n'ont pas été

maintenus par la loi des 19-27 juillet 1884 ; qu'enfin le législateur a fait de l'adultère une cause péremptoire de divorce et que le juge, n'ayant qu'à le constater, il ne peut trouver dans l'adultère du demandeur une atténuation pour le rendre non recevable dans son action contre son conjoint.

Le mari qui s'est désisté d'une plainte en adultère peut-il néanmoins introduire une action en divorce basée sur ce même adultère? Assurément oui. Il a le choix entre intenter une action correctionnelle d'abord, pour s'adresser ensuite au tribunal civil seul compétent pour admettre le divorce, ou négliger l'action pénale pour ne saisir que la juridiction civile. S'il s'adresse d'abord à la justice répressive, son droit reste entier pour aller après devant la justice distributive. Il ne saurait donc perdre ce droit parce qu'à un moment quelconque de l'instruction ou de l'instance correctionnelle, il s'est désisté de sa première action. Il ne saurait y avoir lieu ici à l'application de l'adage : *Una via electa non datur recursus ad alteram*. Le désistement de la plainte pourra être quelquefois, il est vrai, le résultat d'une réconciliation, mais il pourra être dû souvent à la crainte d'un scandale pouvant rejaillir sur la famille ou les enfants. Ce sera donc là une question de fait que les tribunaux auront à apprécier souverainement.

L'adultère du mari se prouvera par les mêmes modes de preuve que l'adultère de la femme ; il y a cependant une différence capitale qu'il importe de signaler ici : La loi pénale, ainsi que l'a fait remarquer M. Demôle au Sénat, V. Coulon. *Le div. et la sép.* t. II, art. 230, n'est pas modifiée par le nouvel art. 230, C. civ., les art. 337 et 339 du Code pénal restent en vigueur. En conséquence,

tandis que l'adultère de la femme est puni dans tous les cas aux termes de l'art. 337, celui du mari pour être un délit reste soumis aux termes de l'art. 339, à cette condition primordiale : l'entretien d'une concubine dans la maison commune. La conséquence que nous voulons tirer, quant à la preuve, de cette différence au point de vue pénal entre l'adultère de la femme et celui du mari est que tandis que ce dernier pourra toujours requérir du Procureur de la République l'assistance du commissaire de police pour faire constater le flagrant délit, la femme ne le pourra que dans le cas d'entretien de concubine dans la maison commune : parce que le commissaire de police étant officier de police judiciaire, n'est obligé de prêter son concours que pour la recherche des délits, et que si l'adultère de la femme est toujours un délit celui du mari ne l'est que dans un cas déterminé. Nous ne voulons pas dire que le commissaire de police ne pourra pas prêter son concours à la femme hors le cas prévu par l'art. 339, C. pén., bien que nous pensions qu'il se refusera le plus souvent à aller constater un adultère non délictueux, nous voulons seulement dire qu'il ne pourra pas être requis, c'est-à-dire qu'il pourra refuser d'obtempérer à la réquisition sans violer son devoir et que l'assistance qu'il lui plaira de donner dans cette circonstance sera purement officieuse et en sa qualité d'agent de police administrative. On voit que malgré la volonté du législateur et par suite du maintien des articles 337 et 339, C. pén., l'homme pourra toujours plus facilement faire constater l'adultère de sa femme que celle-ci ne pourra faire constater celui de son mari. En effet, tandis que l'époux pourra avec l'assistance d'un officier de police judiciaire faire constater le

flagrant délit à toute heure, en tout lieu, l'épouse ne pourra obtenir le même résultat qu'à l'aide de témoins ou de constatations extrajudiciaires faites par un officier ministériel, lequel n'a pas, comme l'officier de police judiciaire, à la recherche d'un flagrant délit, le droit de pénétrer à toute heure et en tout lieu. Cet officier ministériel n'aura même pas la ressource de se faire accompagner d'un commissaire de police, car il ne peut requérir ce dernier que pour l'exécution des décisions judiciaires dont il est chargé.

L'adultère commis en pays étranger pourrait-il constituer une cause de divorce ? Nous n'hésitons pas à répondre affirmativement, malgré la controverse qui existe sur le point de savoir si un fait de cette nature peut être puni par nos tribunaux. Le lieu n'enlève rien au caractère particulièrement outrageant d'un tel acte et la loi ne distingue pas. D'ailleurs un fait peut n'être pas punissable et donner néanmoins lieu à une action civile.

En ce qui concerne l'adultère simple du mari commis avant la modification de l'art. 230 par la loi du 19-27 juillet 1884, nous pensons qu'il ne pourrait être une cause de divorce. Il est permis de supposer en effet que le mari n'aurait pas violé la foi conjugale s'il avait prévu les graves conséquences résultant de cette modification. Nous devons reconnaître que la jurisprudence semble vouloir admettre la rétroactivité en l'espèce. *Sic*, Coulon, 5e édit. *Man. form.* et Faivre, *op. citat.* p. 56. Voir en faveur du principe de la rétroactivité. Nancy, 12 nov. 1884. Coulon. *Le divorce et la séparation*, t. III. Art. 230. Baudry. Lacantinerie, *Comm. théor. et prat. de la loi sur le divorce* n° 21. Vraye et Gode, *op. citat.* p. 56, sur l'art. 230. Pau, 28 mars 1887. Trib. Versailles, 29 janvier 1885. *Gaz.*

Trib. 5 février 1885. Trib. Seine, 23 juillet 1885. *Gaz. Pal.* 1885, 2e p. 223. Poulle, *op. citat.* p. 108 et 109. Frémont, p. 504. Laurent, t. I, nos 169. 170 et 180. Coulon. *op. cit.* t. III. Art. 229. 230 et 2 du C. Civ.

Le jugement de divorce dûment transcrit remontant, quant à ses effets entre époux, au jour de la demande, le fait par la femme d'avoir été surprise postérieurement au jugement cohabitant avec un étranger, ne constitue pas le délit d'adultère. Limoges, 26 novembre 1887. Coulon, *Man. form.* 5e édit. Appendice art. 295 *Contra.* Trib. Seine (10e ch). 15 oct. 1890.

Mais en est-il de même, par application de la même disposition de la loi, à l'égard du fait commis postérieurement à la demande, mais antérieurement au jugement.

La transcription du jugement qui prononce le divorce, sur les registres de l'état civil de la commune où a été célébré le mariage, est la condition essentielle à laquelle sont soumis les effets légaux de ce jugement, et par suite, la liberté des époux divorcés, leur affranchissement de tous les liens juridiques résultant de l'état de mariage. Art. 252 de la loi de 1886. Le jugement de divorce est donc soumis à une condition résolutoire de plein droit, celle du défaut de transcription en temps utile, et son effet est, par la même raison, soumis à une condition suspensive, celle de l'accomplissement de cette formalité. On peut en dire autant, par conséquent, du mariage dont la résolution est suspendue, quant à ses effets jusqu'au jour de la transcription. Mais le dernier alinéa de l'article 252 va plus loin : il fait produire au jugement un effet rétroactif au jour de la demande. La résolution du lien conjugal a ainsi ce caractère singulier

que la transcription du jugement ne la fait pas seulement remonter au jour où il est prononcé, mais qu'elle la fait remonter, quant aux rapports conjugaux, au jour même de la demande.

Les effets rétroactifs du jugement transcrit ne se produisent qu'entre époux, d'après l'art. 252; mais, avec cette restriction, quelle est l'étendue de ces effets? L'art. 252 dans son dernier alinéa est-il absolu? Quels sont les rapports des époux à l'égard desquels il donne au jugement de divorce effet rétroactif au jour de la demande? Plus spécialement, concerne-t-il les droits et devoirs respectifs des époux?

Le fait par l'un des époux en instance de divorce d'avoir accompli, dans la période intermédiaire s'étendant du prononcé du jugement à sa transcription, un acte qui, durant le mariage, constituerait un adultère, se trouve n'avoir provisoirement aucun caractère légal qui permette de le déférer en flagrant délit au juge de répression. Ce caractère, subordonné qu'il est à une condition suspensive, celle de la transcription du jugement de divorce, ou à une condition résolutoire, celle de la nullité du même jugement pour défaut de transcription, ne peut lui être définitivement acquis que par l'événement de l'une ou l'autre alternative. Pour déterminer si l'acte est licite ou délictueux, il faut donc attendre l'expiration du délai de deux mois accordé aux parties par l'art. 252, pour remplir la formalité qu'il prescrit.

L'effet du jugement de divorce étant restreint aux rapport des époux entre eux, il s'ensuit qu'à l'égard des tiers, ces effets ne se produisent qu'à partir du jugement: cela est conforme au droit commun. Mais ici se présente la double difficulté que voici: 1° les époux cessent-ils de l'être

3

dès le jour de la demande, et le commerce que l'un d'eux a eu depuis avec un autre que son ex-conjoint, est-il un de ces actes concernant les « rapports des époux entre eux » au sens que l'article 252 a voulu donner à ces mots ? — 2° Etant admise l'affirmative, ces mêmes actes ne concernent-ils que les époux ; n'intéressent-ils pas aussi les tiers, et spécialement le ministère public représentant l'intérêt de la société, et à ce titre étant lui-même un tiers ?

En fait, les effets du mariage, au point de vue particulier qui nous occupe, savoir les rapports personnels et individuels des époux, cessent à partir de la demande, et même à partir de l'autorisation que le président accorde à l'époux demandeur de vivre séparément (art. 236. C. civ.) ; car il est certain que si les rapports des époux avaient continué, ils constitueraient une réconciliation et deviendraient une fin de non-recevoir à la demande en divorce ; elle devrait même être soulevée d'office par le ministère public et, à son défaut, le juge, puisque dans de telles conditions l'action aboutirait à un véritable divorce par consentement mutuel. Il ne répugnerait donc, ni à la réalité des faits, ni au bon sens que le jugement prononçant le divorce rétroagît, à ce point de vue, au jour de la demande, puisqu'il ne ferait que consacrer un fait accompli : il serait déclaratif d'un fait préexistant.

Mais est-ce là ce qu'a voulu la loi ? N'y a-t-il pas au contraire quelque chose qui blesse la conscience publique, à faire dépendre le caractère immoral d'un acte d'une circonstance tout à fait incertaine au moment où il est accompli, et de décider, après coup, que cet acte a été illicite et délictueux ou simplement toléré suivant que la demande en divorce aura ou n'aura pas réussi ?

Pour soutenir la rétroactivité du jugement, on pourrait

invoquer le texte si précis et si compréhensif, en apparence, de l'art. 252. Le jugement remonte, *quant à ses effets entre époux*, au jour de la demande, cela veut dire que le mariage est rétroactivement dissous à partir de la demande, c'est-à-dire de l'époque où la séparation a eu lieu de fait, où les époux ont cessé d'avoir les rapports dont l'état de mariage est le but ; les effets à l'égard des tiers ne pouvant concerner que les rapports avec ceux-ci et les intérêts pécuniaires qu'ils créent. Car il s'agit bien ici d'un effet entre époux s'il en fût jamais, d'un effet qui touche essentiellement aux rapports exclusifs des époux, à leurs droits et à leurs devoirs respectifs et qui est d'ailleurs en parfait accord avec la réalité des faits. Le jugement déclarant le fait accompli et lui donnant la sanction qui lui manquait, les époux ont cessé de l'être légalement au moment où ils ont cessé de l'être matériellement; ils ont, dès ce moment, recouvré leur liberté. S'ils étaient, dès lors, étrangers l'un à l'autre, l'adultère n'était pas possible, car l'adultère est la violation de la foi conjugale; c'est le fait, par un époux, d'avoir des relations sexuelles avec un autre conjoint, *ad alterum thorum vel uterum accessio*. Au point de vue du lien conjugal, les effets du divorce sont indivisibles, car il ne peut être rompu quant à tous ses autres effets, et cependant persister jusqu'au jour du jugement quant à la liberté qu'ont les conjoints de disposer d'eux. On ne peut pas avoir cessé d'être époux, en partie, et cependant l'être encore : ou bien il y a des époux jusqu'au jugement, ou bien il n'y a plus que des étrangers à partir de la demande ; or, la loi fait remonter le divorce à cette dernière date, les droits des tiers étant saufs. Voilà le dilemme dans lequel se renferme ce premier système.

On pourrait ajouter que les explications fournies par M.

Labiche viendraient à l'appui de cette interprétation du texte, lorsqu'il dit que les jugements de séparation de corps et de divorce ne sont pas, d'après les principes généraux du droit, susceptibles de rétroagir au jour de la demande, parce qu'ils ne sont pas déclaratifs de droits antérieurs, mais constitutifs d'un état nouveaau. Pour leur donner un effet rétroactif, il faut une disposition expresse ; cette disposition a été insérée de propos délibéré et pour atteindre le but indiqué, dans l'art. 252; elle constitue une innovation : ce sont les expressions mêmes dont s'est servi le rapporteur de la commission. Innovation à quoi? A ce qui a lieu, d'après les principes généraux du droit, pour les jugements constitutifs d'un état nouveau qui ne rétroagissent pas au jour de la demande; par exception donc, et en vertu de cette innovation, le jugement de divorce, bien que constituant un état nouveau, rétroagit au jour de la demande.

Le raisonnement serait concluant si M. Labiche n'avait lui-même restreint, dans cette même explication, l'innovation dont il s'agissait, et l'effet rétroactif du jugement, aux intérêts pécuniaires des époux, et spécialement à ce qui concerne la consistance du patrimoine de la société conjugale au jour de la demande. Il y avait de la sorte une concordance parfaite entre les effets du jugement de divorce et de séparation de corps, ou seulement de biens. Voilà les intérêts qui, rétroactivement, deviennent distincts et les rapports qui prennent fin au jour de la demande ; quant au lien conjugal et aux rapports de droit qu'il crée, il n'en est pas question.

Dira-t-on qu'il y a une contradiction manifeste entre le texte compréhensif et absolu de l'art. 252, et l'explication si restrictive de M. Labiche ; que toutes les explications,

si claires qu'elles soient, et fussent-elles faites par le rapporteur de la loi, ne valent pas le texte lui-même de la loi quand il est aussi clair que précis ; et qu'en un mot M. Labiche n'a fait qu'exprimer une opinion personnelle n'engageant ni la commission ni les législateurs, et enfin qu'à tout prendre l'exemple qu'il a donné n'est qu'énonciatif? Ce serait faire trop bon marché de cette circonstance qu'il était rapporteur de la commission, qu'il était interpellé à ce titre de s'expliquer sur l'utilité de la disposition introduite par elle, qu'il parlait en son nom et en sa présence ; qu'il avait à en préciser la portée et l'application, et, comme il le dit lui-même, de façon à dissiper toute équivoque, qu'il était en demeure de justifier l'innovation ajoutée au texte primitif de l'art. 252, alors surtout que son interlocuteur, M. Batbie, professeur distingué de la Faculté de droit, semblait disposé à considérer l'addition comme inutile et dangereuse « puisqu'il est de principe incontestable et incontesté que l'effet d'un jugement remonte au jour de la demande ». Dans ces conditions, l'explication fournie est le commentaire légal de la disposition critiquée.

Qu'à ce moment, ou avant, M. Labiche n'ait pas prévu l'application toute spéciale de cette disposition qui pourrait se présenter dans la pratique, cela peut être tenu pour à peu près certain. Mais pouvait-il venir à la pensée de personne alors que l'on pût interpréter ce dernier alinéa de l'article 252 dans le sens dont s'agit? Car ce n'est pas seulement l'adultère qui serait rétroactivement effacé : pour être logique, il faudrait en dire autant du crime de bigamie. Si les époux sont libres de créer des unions irrégulières, à plus forte raison doivent-ils l'être d'en créer qui ne soient pas contraires à la morale sauf toutefois la prohibition de se remarier avant dix mois révolus, édictée contre la femme

divorcée par l'article 296, par la même raison qui avait motivé la prohibition identique de l'article 228 du Code civil. Mais cet empêchement au mariage n'est que prohibitif et non dirimant, conformément à une doctrine et à une jurisprudence certaines. V. Dalloz. Code civ. ann. art. 228, n° 3. Fuzier-Hermann, Code civ. ann. art. 228, n° 4. Frémont. *op. citat.* n° 861 ; Carpentier, *op. citat.* n° 320. Coulon, *Manuel Formulaire*, 5ᵉ édit. art. 296. Coulon, *Le div. et la sép.* t. III, art. 296. Mais ce ne seraient pas encore là, les seules conséquences de la rétroactivité, au point de vue des effets civils du jugement entre époux, il faudrait aussi décider que l'époux demandeur en divorce ne serait pas admis à invoquer à l'appui de sa demande comme cause nouvelle survenue depuis son introduction, les faits, qui tant que le mariage n'est pas dissous, constituent l'adultère ou la bigamie. En effet, si l'on en tient compte et que le divorce soit prononcé, il se trouvera qu'il l'aura été pour des causes qui, par l'effet même de cette prononciation se trouveraient n'avoir pas constitué des faits d'adultère ou de bigamie. Il semble qu'un système qui conduit à de tels raisonnements et à de telles contradictions, est par là jugé ; de pareilles conséquences en sont la réfutation péremptoire.

Mais à supposer que tel fût cependant le sens de l'article 252, toute difficulté ne serait néanmoins pas encore pour cela résolue. Cet article exclut l'effet rétroactif à l'égard des tiers, ce qui est conforme à un principe certain aussi bien qu'au bon sens. Contestera-t-on que les tiers ne soient pas ici intéressés? Sans doute, on entend d'ordinaire par tiers ceux dont les intérêts civils peuveut être atteints par un acte produisant des conséquences juridiques, acte auquel ils sont étrangers; mais faudra-t-il en conclure que

l'article 252, *in fine*, en réservant implicitement les droits des tiers, a voulu exclure ceux qui auraient à se prévaloir de la continuation du mariage jusqu'au jour où il est résolu par jugement, et limiter l'intervention des tiers au cas où leurs intérêts pécuniaires auraient à souffrir de la rétroactivité du divorce ? Soit, mais on ne repousserait ainsi que l'action individuelle des tiers ; au dessus de l'intérêt particulier, il y a l'intérêt collectif, celui de la société que représente ici plus spécialement le ministère public. Objectera-t-on qu'il n'a ni intérêt, ni qualité pour contester la rétroactivité du jugement et pour poursuivre, nonobstant le divorce, le délit d'adultère commis entre la demande et le jugement, sous le prétexte que ce jugement produisant ses effets entre époux, l'acte qualifié délictueux se trouverait *a posteriori* être celui d'une personne affranchie de tout lien conjugal ? Le procureur de la République aurait d'autant moins qualité pour poursuivre la répression du prétendu délit, qu'en matière d'adultère il n'a pas l'initiative de l'action, et qu'il ne peut agir que sur la plainte du mari et que celui-ci est lui-même désormais sans action, le jugement de divorce rétroagissant à son égard au jour de la demande.

L'argument serait spécieux, mais il tourne dans un cercle vicieux, car d'une part, il s'agit justement de savoir quels sont les effets du jugement à l'égard desquels il rétroagit au jour de la demande ; si c'est seulement quant aux rapports pécuniaires des époux, ou encore quant aux droits et devoirs respectifs qui dérivent pour eux du mariage : à ce premier point de vue, que le procureur de la République soit ou non un tiers, il n'y a pas à s'en préoccuper, et ce point est sans influence sur la solution, et cette solution à son tour ne peut préparer celle de la seconde

question qui est de savoir si le ministère public est un tiers par rapport aux époux. En effet, étant admis qu'entre ceux-ci l'adultère soit effacé par la rétroactivité du jugement de divorce, il resterait encore à rechercher si cet effet est opposable au ministère public, et à cet égard l'argument ci-dessus n'est pas plus décisif, car on oublie que s'il ne peut agir que sur la plainte du mari, tant qu'elle n'est pas retirée, il reste saisi de la poursuite. Or dans le cas dont nous recherchons la solution juridique, il faut, pour que la question se présente, que la plainte soit portée et qu'elle ne soit pas retirée. Car si elle l'était, la question qui nous occupe disparaîtrait avec ce qui en est la cause, à savoir la demande de divorce, parce que le retrait de la plainte serait le pardon, et que le pardon serait la preuve d'une réconciliation impliquant l'abandon de la demande en divorce.

Donc le ministère public reste saisi, et l'action publique n'appartenant qu'à lui, il est dès lors un tiers, parce qu'il représente la société dont les intérêts moraux sont distincts de ceux des époux, aussi bien en ce qui touche leurs droits et devoirs respectifs qu'en ce qui concerne leurs rapports pécuniaires. A son égard le jugement ne peut rétroactivement effacer le délit; pour lui, comme pour la société, les époux restent époux tant que le jugement n'a pas rompu le lien qui les unissait et ils ne cessent de l'être qu'à partir de ce moment. Si, en fait, les rapports conjugaux ont cessé du jour où ils ont été autorisés à vivre séparément, ce ne sont pas en somme ces rapports seuls qui constituent l'état de mariage; celui-ci subsiste à l'égard des tiers tant que la rupture n'en a pas été légalement prononcée. Il y a là avant tout une raison de bon sens et de morale publique et tous deux

protestent contre la rétroactivité du jugement. S'il en était autrement, si la loi devait avoir de telles conséquences, il ne faudrait pas hésiter à la déclarer mauvaise. Mais il n'en est rien et ces considérations, quelque puissantes qu'elles soient pour faire décider que l'effet rétroactif du jugement, à supposer qu'il s'appliquât aux droits et devoirs respectifs des époux dans leurs rapports entre eux, ne s'applique pas au ministère public, comme tiers, ces considérations, dis-je, ne trouveraient même pas à se placer utilement, parce que l'on se trouve en face du dilemme suivant : Si l'article 252 n'a en vue que les intérêts pécuniaires des époux, il n'y a pas à rechercher si le procureur de la République est un tiers, car l'adultère, la bigamie mettent en jeu des intérêts d'un genre tout différent, et dès lors pas d'effet rétroactif en ce qui les concerne, car de deux choses l'une : ou bien par tiers il faut entendre ceux-là seulement dont les intérêts pécuniaires peuvent être lésés, et alors la rétroactivité du jugement n'efface pas l'adultère, ou bien par tiers, il faut entendre ceux qui ont un intérêt quelconque à repousser l'effet rétroactif, et dans ce cas, le ministère public étant un tiers, il reste saisi du droit de poursuivre la répression du délit. Donc, dans l'un comme dans l'autre cas, l'adultère est en dehors des prévisions de l'art. 252, comme la bigamie, comme les actes délictueux qui ne touchent pas aux intérêts pécuniaires des époux. Par la même raison, il faudrait décider que la soustraction frauduleuse commise par un époux au préjudice de l'autre, ne donnerait lieu qu'à une réparation civile.

La véritable et décisive raison de trancher la difficulté se trouve dans l'explication fournie par le rapporteur de la loi, qui limite expressément la rétroactivité du

jugement de divorce aux rapports créés par le régime matrimonial des époux, par une assimilation toute naturelle et nécessaire à ce qui a lieu au cas de séparation de biens. Peut-être pourra-t-on dire qu'il y a quelque bizarrerie dans la situation de deux personnes séparées de corps en fait, et même divorcées effectivement sinon légalement, depuis le jour de la demande, dont le régime matrimonial est juridiquement dissous à partir de la même époque, et qui continuent à rester mari et femme, quoique désormais absolument étrangers l'un à l'autre ; mais les intérêts de famille exigeaient cette dérogation.

Il faut donc décider que le délit d'adultère, postérieur à la demande de divorce, reste sous le coup de la loi, et il peut être invoqué par le mari comme fait nouveau à l'appui de sa demande. *Sic.* E. Dramard. Rec. Smets. 1888. p. 176 à 186. Pour être complet sur cette question, nous ne pouvons mieux faire que de reproduire un jugement du tribunal de la Seine, 10e ch., du 15 octobre 1890 et les conclusions de M. le substitut Bomboy qui l'ont précédé.

M. le substitut Bomboy s'est exprimé en ces termes :

« Au début des observations qu'il a présentées, Me Coulon disait justement que la question soulevée par les conclusions prises par les prévenus, présente le plus vif intérêt. Il me permettra de compléter sa pensée, en ajoutant que cette question a une importance capitale, en ce qu'elle engage un principe, dont les conséquences, au point de vue social, apparaissent clairement. Il s'agit, en vérité, de savoir si, durant la période de l'instance en divorce, la femme est *éventuellement* dégagée du devoir de la fidélité conjugale. Je dis *éventuellement*, car sa responsabilité

devant la loi pénale, pour délit d'adultère, dépendra de l'issue ultérieure du procès en divorce. Si le divorce est prononcé, les effets du jugement remontant au jour de la demande, la femme aura pu, au cours du procès, sans encourir la peine édictée par le Code pénal, entretenir avec son amant des relations intimes. Il n'y a pas d'adultère là où il n'y a plus de mariage.

Voilà, messieurs, la thèse que vous êtes sollicités de consacrer par votre décision. Elle ne me paraît en aucune façon fondée ; je compte le démontrer en examinant un par un les arguments de la défense.

De la jurisprudence dont les prévenus se réclament, je ne dirai que peu de mots.

Sur les trois décisions judiciaires que l'on invoque, il en est une — celle du tribunal correctionnel de la Seine — qui est favorable à ma prétention. Je n'entends pas me prévaloir cependant de son autorité. Je reconnais, en effet, que ce jugement a été rendu à une époque antérieure à la promulgation du nouvel article 252 sur lequel on s'appuie pour étayer les conclusions des prévenus.

Vous me permettrez de parler avec une extrême réserve des deux autres décisions dont les adversaires se prévalent; il me suffira de faire observer que les espèces sur lesquelles les magistrats de Grenoble et de Limoges ont statué n'ont avec les faits de la poursuite actuelle qu'une lointaine analogie. S'agissait-il de l'adultère commis par la femme avant la prononciation du jugement de divorce ? Non ; les relations incriminées de la femme avec son amant se plaçaient à une date postérieure, dans la période comprise entre le jugement prononçant le divorce et la transcription de ce jugement On conçoit dès lors que la poursuite en adultère pouvait être écartée, par des consi-

dérations tirées de la bonne foi des prévenus, ou de l'irrecevabilité de la plainte du mari, que le Tribunal se refuse à protéger dans une qualité qu'il a déclaré ne plus lui appartenir.

En droit, la question reste donc entière. Elle est nouvelle et mérite d'être étudiée avec soin. Comment la résoudre ?

Une règle incontestable se dégage de l'ensemble des dispositions de nos lois, c'est que le lien du mariage n'est pas rompu *ipso facto* par l'effet du jugement de divorce, au jour où l'action est introduite par l'un quelconque des époux.

L'autorité du mari survit, en fait, à la demande; elle est maintenue pendant toute la durée de l'instance.

La femme est tenue de garder le domicile conjugal tant qu'elle n'a pas été autorisée à le quitter par ordonnance du président du Tribunal. Même avec cette autorisation, il ne lui est pas loisible d'aller où bon lui semble. Elle reste soumise, quant au choix d'une habitation séparée, à une décision qui n'est point la sienne.

Peut-on prétendre, d'autre part, que durant le procès en divorce, les devoirs de protection et d'assistance ont cessé d'exister entre époux ?

Mais alors, comment expliquer l'obligation imposée au mari d'assurer, pendant le litige, la subsistance de sa femme, de lui fournir, en un mot, une pension alimentaire ?

Et, si le mari est tenu de pourvoir aux besoins journaliers de l'existence de sa femme, vous lui refuseriez le droit d'exiger de celle-ci le respect du nom qu'elle portera jusqu'au jour où le jugement sera devenu définitif ? C'est là une conclusion étrange; je me refuse à croire qu'elle soit imposée par la saine interprétation de la loi.

Mais, dit-on, il y a un texte impératif, l'article 252, qui dispose que le jugement de divorce remonte, quant à ses effets entre époux, au jour de la demande; dès lors, le délit d'adultère ayant été constaté à l'égard des prévénus à une date postérieure à l'introduction de l'action, vous ne pouvez pas statuer en l'état. Pour savoir si vous devez condamner ou renvoyer des fins de la poursuite, il faut attendre l'issue du procès engagé devant le Tribunal civil; la concession d'un sursis est absolument nécessaire.

Messieurs, je repousse énergiquement la prétention de mes contradicteurs.

La rétroactivité attachée aux jugements est une fiction qui doit s'entendre, selon le sens raisonnable que lui a donné la loi et avec les tempéraments que la nature des choses impose.

Il est constant, ainsi que je l'ai dit tout à l'heure, que le mariage continue d'exister pendant la durée de la procédure en divorce.

S'il en était autrement, il faudrait aller jusqu'à dire que l'époux en instance de divorce peut, à ses risques et périls, en escomptant la décision future des juges se remarier sans encourir les peines édictées contre le crime de bigamie.

Le jugement de divorce une fois rendu, il faudrait admettre que le mari a le droit de répéter contre sa femme toutes les sommes qu'il lui a versées, au cours du procès, à titre d'aliments.

Le seul énoncé de ces conséquences démontre clairement que l'article 252 n'a pas le caractère absolu qu'on lui donne. La fiction de la rétroactivité du jugement a donc des limites nécessaires. C'est à vous, juges de la pensée du législateur, qu'il convient de dire où ces limites sont

placées. Or, à quelle idée a correspondu l'innovation introduite par l'article 252?

Vous savez, Messieurs, qu'avant la promulgation de cet article il y avait une différence, quant à la rétroactivité des jugements, entre la séparation de biens prononcée principalement et la séparation de biens résultant par voie de conséquence d'un jugement de séparation de corps ou de divorce. Dans le premier cas, les effets de la séparation de biens dataient du jour de la demande en justice; dans le second cas, ils ne se produisaient qu'au jour du jugement.

Les rédacteurs de l'article 252 ont voulu faire disparaître cette antinomie en plaçant, dans tous les cas, le règlement des intérêts pécuniaires des époux séparés ou divorcés au moment où est introduite la demande en séparation ou en divorce. Ils n'ont pas voulu aller au delà, et la place qu'ils ont donnée à l'article 252, dans le Code civil, marque bien leur intention.

Ce n'est pas d'ailleurs par des sous-entendus et par des déductions lointaines, tirés de la discussion d'un texte, qu'on abroge ou tout au moins qu'on restreint l'application d'une disposition pénale. Pour ce résultat, il faut une manifestation directe et non équivoque de la pensée du législateur.

Dans l'espèce, tout révèle que l'article 252 a entendu rester étranger aux conséquences dérivant de l'adultère des époux. Et, en effet, il n'a pas pu vouloir créer ce que j'appellerai un délit conditionnel.

L'adultère existe dès que l'acte qui le constitue a été commis. Vous n'imaginez pas qu'il puisse ne pas exister par suite d'un événement futur et incertain, ne dépendant en rien de la volonté de ses auteurs. Tel est cependant le résultat auquel vous aboutissez. Il faut, pour savoir si

la femme est punissable, à raison du délit d'adultère, attendre l'avénement d'une condition suspensive. Elle sera punie des peines de l'article 337 du Code pénal si le Tribunal ne prononce pas le divorce ; elle sera indemne de toute responsabilité devant la loi pénale si l'action en divorce est accueillie par les juges civils. Cette bizarrerie, qui fait dépendre la culpabilité des délinquants de circonstances étrangères à leur volonté, et postérieure à l'infraction, suffit à démontrer la fausseté du système soutenu par la défense.

En résumé, messieurs, tant que le divorce n'a pas été prononcé, le mariage existe et avec lui le devoir de fidélité conjugale, sanctionné par le Code pénal.

Dans ces conditions, j'estime que les conclusions aux fins de sursis, déposées par les prévenus, ne sont pas justifiées, et qu'il y a lieu, pour le Tribunal, de procéder à l'examen du fond. »

Le jugement rendu par le Tribunal à la suite de ces conclusions est ainsi conçu :

« Le Tribunal,

» Attendu que la femme P. est prévenue d'avoir, depuis moins de trois ans, à Paris, commis le délit d'adultère ; le sieur G. de s'être, au même temps et au même lieu, rendu complice dudit délit ;

» Attendu que G., dans des conclusions déposées à la barre, demande au Tribunal de surseoir à statuer jusqu'à ce que la juridiction civile, saisie d'une double demande en divorce introduite antérieurement audit délit d'adultère par le sieur P. contre sa femme, et par celle-ci contre son mari, ait définitivement statué.

» Qu'il soutient que si le divorce venait à être prononcé, ses effets, remontant, d'après les termes du paragraphe 5

de l'article 252 du Code civil, au jour de la demande, les liens conjugaux devraient être considérés comme rompus dès cette époque ; que la femme ayant donc recouvré toute liberté, n'aurait pu commettre le délit d'adultère ;

» Mais, attendu que la prétention du sieur G. ne saurait être admise par le Tribunal ;

» Qu'en effet, il importe peu que, suivant le principe invoqué par le prévenu, l'effet du jugement de divorce rétroagisse au jour de la demande.

» Que cette rétroactivité n'a lieu que par rapport aux effets civils, mais qu'elle ne saurait être admise pour tout ce qui touche aux devoirs d'assistance et de fidélité mutuelle.

» Que ces devoirs subsistent tout entiers, tant que les liens du mariage n'ont pas été dissous ;

» Que le mari reste en effet tenu de subvenir à l'existence de sa femme et de lui fournir une pension alimentaire ; (qu'en l'espèce, la femme P. reconnaît recevoir de son mari une pension mensuelle de 50 francs) ; que la femme, de son côté, aux termes de l'article 241 du Code civil, reste au point de vue de sa résidence, sous la surveillance du mari, qui peut exiger d'elle, qu'elle lui en fournisse justification ;

» Qu'on ne saurait admettre que le législateur qui, dans un but de haute moralité, a pris soin de prescrire à la femme, durant l'instance en divorce, une résidence déterminée et autorisé le mari à exercer sur elle un droit de surveillance, ait entendu proclamer dans le paragraphe 5 de l'article 252, que la femme, une fois divorcée, serait rétroactivement et dès le jour de la demande, considérée comme déliée de tout engagement de fidélité, et, qu'en conséquence, elle aurait pu impunément se livrer à

l'inconduite la plus notoire et consommer l'adultère, sous le nom du mari qu'elle avait encore le droit de porter;

» Que le jugement de divorce, survenant après l'adultère de la femme, ne saurait faire disparaître le délit par elle commis, encore moins mettre fin à l'action publique et en soustraire la connaissance à la juridiction correctionnelle légalement saisie ;

» Qu'il n'y a donc pas lieu d'accorder le sursis demandé;

» Par ces motifs,

» Rejette les conclusions de sursis.»

Section III. — Du divorce pour cause d'excès, sévices et injures graves.

« Les époux pourront réciproquement demander le divorce, pour excès, sévices ou injures graves de l'un d'eux envers l'autre » art. 231.

C'est la sanction de la violation des obligations qui naissent du mariage et qu'imposent aux époux les articles 212, 213 et 214 du Code civil.

Cet article fut à l'époque de la confection du Code civil, communiqué au Tribunal avec cette rédaction : « La femme pourra demander le divorce pour sévices ou injures graves qu'elle aura éprouvés de son mari. » Le Tribunat fit les observations ci-après : la Section propose de substituer à cet article, la rédaction suivante:

« Les époux pourront demander le divorce pour sévices ou injures graves de l'un d'eux envers l'autre. »

4

Le motif de ce changement est que la Section pense que l'action en divorce pour sévices ou injures graves doit être réciproque pour le mari et pour la femme. Cela paraît de toute évidence pour les injures graves. Sous ces expressions, on doit comprendre les excès ou diffamations qui peuvent être regardés comme des attentats à l'honneur, et l'on ne concevrait pas comment il n'en résulterait pas l'action en divorce contre la femme, lorsqu'elle s'y livrera contre son mari.

Par rapport aux sévices, il semble, au premier abord, que le mari ne peut les invoquer pour fonder une demande en divorce. On peut penser que la force de son sexe peut l'en mettre à l'abri.

Cependant cela n'est pas toujours vrai: et si, par exemple, on se représente un mari infirme ou âgé, qui soit journellement exposé aux durs traitements et à des sévices de la part de sa femme, il paraît de toute justice, que l'action soit réciproque. C'est un moyen sage de contenir les emportements d'une femme violente et qui oublie ses devoirs.

Les juges pourront avoir plus particulièrement égard aux circonstances, lorsque l'action en divorce du mari sera fondée sur les sévices de la part de la femme. Ces sévices pourront n'être pas toujours aussi décisifs ; mais il suffit qu'ils le soient quelquefois pour que l'action sur ce motif ne soit pas interdite au mari. Le Tribunat proposa ensuite de rejeter l'article qui indiquait comme cause de divorce, l'attentat de l'un des époux à la vie de l'autre, parce que cet attentat constituait toujours des sévices et une injure grave.

« Il serait superflu d'observer, disait Treilhard, qu'il ne s'agit pas de simples mouvements de vivacité, de quelques

paroles dures échappées dans des instants d'humeur ou de mécontentement, de quelques refus, même déplacés, de la part d'un des époux; mais de véritables excès ; de mauvais traitements personnels, de sévices dans la rigoureuse acception de ce mot *sævitia* (cruauté) et d'injures portant un grand caractère de gravité. Exposé des motifs au Corps Législatif, D., V° *Sép. de corps*, p. 80, col. 19, n° 18 et Fenet.., IX, 478.

» La première partie de cet article disait Savoie-Rollin emploie des termes si formels, qu'ils ne sauraient donner lieu à l'arbitraire des jugements. Les expressions d'injures graves n'ont pas la même précision, mais d'abord leur rapprochement de celles d'excès et de sévices indique qu'elles sont au moral ce que les autres sont au physique; les premières sont, si l'on peut ainsi parler, la violence des corps et les secondes la violence des sentiments. Ensuite, la nature de l'action intentée, son importance morale et civile, la sévérité même de la loi dans son accueil au divorce, avertissent assez du véritable sens attaché à cette expression. » Rapport fait au Tribunat, D., V° *Sép. de corps*, p. 893, col. 2, n° 45, et Fenet.., IX, 502.

Les excès sont des actes d'un caractère tel, qu'ils mettent en danger la vie, en compromettant la santé de la personne qui en est l'objet. Telle est, du moins, la définition qui semble résulter des travaux préparatoires du Code civil. Le projet présenté par le Conseil d'État au Tribunat s'exprimait ainsi sur ce point : « L'attentat de l'un des époux à la vie de l'autre sera pour ce dernier une cause de divorce, » On s'aperçut bientôt que l'article ainsi rédigé plaçait l'un des conjoints dans cette alternative également fâcheuse de dénoncer l'époux coupable en l'exposant à une peine très grave, ou de supporter en

silence les violences dont il était l'objet. Pour y remédier, l'article fut supprimé, et on introduisit dans l'article 231 le mot excès qui, dans la pensée du législateur, exprime la même idée.

Les sévices sont des actes de cruauté, de brutalité ou de méchanceté, qui ne portent pas atteinte à la vie ou à la santé des personnes, mais qui, néanmoins, rendent la vie commune insupportable. « Ce sont des mauvais traitements habituels,» disait Tronchet au conseil d'État.

Les injures graves sont des paroles outrageantes, des écrits qui ont pour but de déconsidérer la personne et de manifester à son égard des sentiments de dédain, de haine ou de mépris.

On peut aussi classer parmi les injures graves tous faits de nature à porter atteinte à l'honneur de l'un des conjoints et qui ont un tel caractère de gravité qu'ils rendent la vie commune impossible.

C'est volontairement et afin de laisser une plus grande latitude d'appréciation aux tribunaux que le législateur n'a pas donné une définition exacte de ces différents termes. Le juge puisera les éléments de sa conviction dans chaque fait particulier en tenant compte des circonstances de toute nature capables d'en atténuer ou d'en augmenter la gravité. Il devra prendre nécessairement en très grande considération la condition et le degré d'éducation des époux, le milieu dans lequel ils vivent et le sentiment sous l'empire duquel ils ont agi. Coulon, *Man.-form.* 5e édit. p. 63.

Entre les excès, les sévices et les injures graves envisagés comme cause de divorce, il est possible de relever certaines ressemblances et des différences plus nombreuses encore.

Au premier point de vue on peut dire que les uns et les autres sont réciproques; doivent être intentionnels et avoir pour auteur un individu moralement responsable; doivent émaner personnellement de l'un des deux conjoints, et s'adresser soit à son conjoint, soit à certaines personnes que son devoir doit lui faire préférer à lui-même; ne peuvent consister dans une atteinte purement pécuniaire; ne peuvent consister dans l'exercice régulier d'un droit légal; ne supposent pas nécessairement un fait délictueux. *Sic.* Carpentier, *op. citat.* p. 85. Paris, 8 juillet 1828; Cass. req. 14 janvier 1861. D. 61. 1. 196; Demolombe, t. IV, n° 401; Laurent, t. III, n° 189 et 190; Montpellier, 1er fév. 1866. D. 67. 5. 390; Trib. de la Seine, 27 nov. 1868. *Gaz. Trib.* 6 janv. 1869. Bruxelles, 10 août 1868. B. J. 71. 1125; Paris, 29 avril 1881, S. 82. 221; Paris, 10 janvier 1852, D. 52, 2, 5; Rennes, 31 août 1833, S. 34. 285, Cass. 19 avril 1825, D. 25. 1. 273; Bruxelles, 14 août 1875. B. J. 75. 1409; mêmes, 16 juillet 1849, D. 50. 5. 423; Rouen, 30 décembre 1840, Dalloz, Rep. V° *Sép. de corps*, n° 56; Paris, 10 janvier 1807, V° *Jurisp. du divorce.* Coulon et Faivre; Cass. 10 juin 1824, Dalloz, Rep., V° *Sép. de corps*, n° 32; Lyon, 19 mars 1870, D. 71. S. 258; Douai, 14 janvier 1857. D. 57. 2. 133. Coulon. *Le div. et la sép.* t. III, art. 231.

Les principales différences qui séparent les excès, sévices et injures graves sont : une latitude plus ou moins grande laissée aux Tribunaux dans leurs appréciations, la possibilité ou l'impossibilité de relever à ce titre des faits antérieurs à la célébration du mariage, l'influence plus ou moins déterminante sur chacune d'elles, de la continuité, de la publicité, de la passivité, de la réciprocité.

Les griefs invoqués à l'appui d'une demande en divorce

doivent-ils être postérieurs au mariage ? Il faut distinguer. S'il s'agit d'excès ou de sévices, nous répondrons affirmativement. D'une part, parce que ceux qui sont antérieurs au mariage n'ont pas été, comme l'exige l'article 231, commis par un époux sur son conjoint, puisqu'au moment où ils ont été accomplis les époux n'avaient pas vis-à-vis l'un de l'autre la qualité de conjoint ; d'autre part, parce que le mariage contracté malgré ces violences est la preuve la plus éclatante qu'elles ont été pardonnées. S'il s'agit d'injure grave, on distingue encore. Si l'époux qui l'invoque en a eu connaissance soit au moment du mariage, soit longtemps avant l'introduction de sa demande ; dans ces deux cas le pardon doit être présumé ; si au contraire l'époux l'a ignorée jusqu'au jour où il s'en fait une arme pour demander le divorce, il y a lieu d'admettre sa demande, mais seulement si les faits ont une telle gravité que raisonnablement on peut en induire que le mariage n'aurait pas eu lieu s'ils n'avaient pas été tenus secrets.

Les injures, les mauvais traitements, doivent-ils être habituels ? En se reportant aux paroles de Treilhard, citées ci-dessus, on acquiert bien vite la conviction qu'il n'est pas essentiel que ce soit une habitude chez l'époux contre lequel le divorce est demandé, d'injurier ou de maltraiter son conjoint ; ce qui est indispensable, c'est un certain caractère de gravité qui permette d'induire que désormais la vie sera impossible ; mais nous pensons qu'à défaut de gravité dans l'injure ou dans les mauvais traitements, il faudrait exiger qu'ils aient été répétés plusieurs fois, car la continuité de l'injure, même peu grave, constitue un état de vie difficilement supportable et c'est toujours à ce critérium qu'il faut revenir quand il s'agit de savoir s'il y a lieu

de prononcer le divorce ou la séparation du corps.

On s'est demandé lorsque les excès, sévices ou injures graves sont réciproques, c'est-à-dire lorsque chacun des époux s'est rendu coupable envers l'autre de mauvais traitements ou d'injures, si tous deux conservent néanmoins le droit d'invoquer cette cause de divorce ou si, au contraire, les torts de l'un sont effacés par les torts égaux de l'autre. C'est là, pensons-nous, une question qui, comme toutes celles naissant de l'application de l'article 231, doit être résolue par des considérations tirées plutôt du fait que du droit et les tribunaux ont sur cette matière un pouvoir souverain d'appréciation.

Deux systèmes sont en présence, l'un refuse aux époux réciproquement coupables tout droit à demander le divorce de ce chef. L'autre au contraire tout en reconnaissant que la réciprocité a pour effet d'atténuer dans une certaine mesure les torts recpectifs, admet que chacun des époux peut arguer des torts de son conjoint pour justifier une demande en divorce.

Pour le premier système on invoque un argument né de l'art. 336 qui refuse au mari adultère le droit de poursuivre correctionnellement l'adultère de sa femme et on fait remarquer qu'il ne pourrait, sans violer l'article 336 Code pénal, intenter une action civile puisque aux termes de l'art. 308 Code civil, il pourrait obtenir le résultat que lui refuse l'art. 336 Code pénal. On ajoute que, si l'on a cru dans ce cas spécial devoir faire taire la vindicte publique, il doit à plus forte raison en être de même de l'intérêt du mari. On conclut que si la réciprocité de l'adultère éteint l'action en divorce, il doit en être de même de la réciprocité des excès, sévices ou injures graves.

Les partisans du second système, qui est le nôtre, ré-

pondent que l'argument tiré de l'article 336 Code pénal n'existe plus parce que la loi des 19-27 juillet 1884 a abrogé l'art. 308; qu'en admettant même que les conclusions qu'on en tirait fussent exactes, elles ne sauraient survivre à cet article; que le divorce et la séparation sont des remèdes à des situations difficiles, intolérables, et qu'on comprend avec peine comment on pourrait se refuser à appliquer ce remède par cette raison que les torts sont partagés et que par conséquent le mal est plus grand encore que si un seul époux était coupable; qu'enfin le législateur n'a pas établi cette fin de non-recevoir tirée de la réciprocité et que les tribunaux pourraient d'autant moins suppléer au silence de la loi qu'il est constant que l'attention du législateur de 1803 a été appelée sur ce point par plusieurs Cours, notamment celle d'Agen qui demandait que, lorsque deux époux avaient à se reprocher des torts également graves, ils fussent contraints de se taire tous deux. Bien entendu les partisans de ce dernier système reconnaissent que les torts de chacun des conjoints doivent entrer en ligne de compte quand il s'agit d'apprécier les faits reprochés au défendeur et articulés à l'appui de la demande. Ils reconnaissent même que les torts de l'époux défendeur peuvent être tellement atténués par ceux de l'époux demandeur qu'il soit impossible aux tribunaux de trouver aux faits invoqués un caractère suffisant de gravité pour justifier la demande. Nous avons examiné, plus haut, la question de la réciprocité en ce qui concerne spécialement l'adultère; nous examinerons, un peu plus loin, la même question au point de vue de la condamnation à une peine afflictive et infamante.

L'absence même légalement constatée n'est pas une cause de divorce. Mais il est certain que si le Sénat s'est refusé à

admettre cette cause, c'est uniquement parce que l'absence, même prolongée, n'est pas toujours volontaire et que le véritable motif de l'absence est souvent difficile à apprécier. En effet, on peut lui appliquer ce que le tribun Gillet disait au Corps législatif de l'abandon : « Ce mot, » disait-il, présente une idée complexe : d'abord, celle » de l'éloignement qui est un fait, et celle du délaissement » qui est une intention. Or, si le fait peut être aisément » constaté, il en est autrement de l'intention qui souvent » est contraire, et presque toujours équivoque. De cette » ambiguïté peuvent naître des prétextes trop faciles pour » franchir les engagements du mariage. » D., V° *Sép. de corps*, p. 895, col. 2, n° 68. Mais si des circonstances de la cause il résulte que cette absence est volontaire et que l'absent a perdu tout esprit de retour, ou encore si c'est de sa part le résultat d'une volonté formelle de ne pas donner de ses nouvelles, l'absence se transforme en abandon et constitue une injure grave de nature à justifier une demande de divorce. C'est d'ailleurs l'argument qu'a fait valoir M. Batbie. (V. Coulon. *Le div. et la sép.* t. II, art. 231), pour faire rejeter le projet de la commission tendant à faire reconnaître l'absence comme cause de divorce. Le projet du Code civil prévoyait également parmi les causes de divorce l'abandon de l'un des époux par son conjoint, mais cette disposition fut retranchée. Il résulte de tout ceci, que pour justifier une demande basée sur l'absence ou l'abandon, le demandeur devra prouver que cette absence est volontaire et qu'elle constitue une injure grave; ce qui aurait lieu si, par exemple, l'époux absent refusait de réintégrer le domicile conjugal et de subvenir dans la mesure de ses facultés aux besoins de l'époux abandonné et des enfants restés avec ce dernier.

Cependant quelques auteurs objectent que considérer l'abandon comme pouvant être une cause de divorce, ce serait presque établir le divorce par consentement mutuel. Mais nous avons confiance dans la sagesse des tribunaux qui saura déjouer les manœuvres des époux qui simuleraient un abandon uniquement pour obtenir un divorce qu'ils ne sauraient voir prononcé pour d'autres causes. D'ailleurs l'abandon seul ne suffirait pas, il faut qu'il soit accompagné de circonstances constitutives de l'injure grave.

L'aliénation mentale n'est pas une cause de divorce, il faudrait dire de même de l'épilepsie et de toutes les autres maladies ou infirmités ; ce sont, à notre avis, les seuls faits de nature à rendre la vie insupportable qui ne puissent être invoqués comme cause de divorce. Il ne faut pas perdre de vue, en effet, que la loi prononce dans l'article 299 Code civil une peine pour l'époux contre lequel le divorce est obtenu et que les tribunaux n'ont pas le droit de relever ce dernier des déchéances prononcées par cet art. 299. Or il serait souverainement injuste d'appliquer cette peine à un conjoint parce qu'il aurait subi un revers de fortune ou parce qu'il serait atteint d'une maladie incurable. Si cette maladie met la vie de l'autre époux en danger ou rend la vie commune absolument insupportable, il peut certes y avoir lieu à autoriser ce dernier à avoir un domicile séparé, mais il ne saurait y avoir lieu à divorce ou à séparation de corps. M. de Marcère s'est d'ailleurs exprimé très nettement à ce sujet dans son rapport. M. Guillot avait demandé à la commission d'admettre l'aliénation mentale comme cause de divorce, la commission s'y est énergiquement refusée.

« Le divorce n'est pas dans nos vœux, a dit M. de Marcère : il n'est qu'un remède nécessaire. Il ne se justifie et

ne saurait être consacré par la loi civile que par des raisons de haute moralité tirées des conditions mêmes et de la nature du mariage. Il suppose une altération des sentiments qui avaient contribué à former l'union conjugale, et telle, que cette union, brisée en réalité, ne peut plus être maintenue. Mais cette altération de sentiments ne peut avoir des effets aussi graves, lorsqu'elle n'est que le produit d'un changement de goût, de la fatigue des devoirs les plus impérieux, ou d'un état physique qui rendrait la cohabitation impossible. Ces considérations, d'ailleurs, ne s'appliquent pas spécialement à l'amendement de notre collègue : elles ont dominé tous les travaux de la commission. Jamais, dans l'étude de cette grave question du divorce, elle ne s'est placée au point de vue naturaliste.

Le mariage ne se conclut que par des causes d'ordre moral ; c'est par des motifs du même ordre que le lien peut être rompu. Il n'est pas seulement une association, formée en vue d'embellir la vie et de la rendre agréable, il est aussi une communauté des peines et des maux auxquels toute créature humaine est soumise. En même temps qu'il procure les joies et les satisfactions domestiques les plus vives, il impose des devoirs parfois pénibles; c'est par ce dernier côté peut-être que le caractère social et la beauté morale de cette union se manifestent le plus. Les malheurs immérités de l'un des conjoints, la ruine de sa fortune, la maladie, les infirmités, loin d'être une cause d'éloignement réciproque et de séparation, sont bien plutôt l'occasion de développer l'esprit de sacrifice, le détachement de soi, la tendre compassion pour des maux partagés qui constituent vraiment l'union conjugale. Une législation qui aurait pour effet de tarir cette source de vertus, qui viendrait en aide à l'égoïsme féroce et à la dureté de cœurs

fermés aux sentiments les plus humains serait en contradiction absolue avec l'idée que nous nous faisons de l'institution du mariage. » Rapport de M. de Marcère, p. 34.

On a vu dans les passages cités aux débats parlementaires, Coulon, *op. citat.* t. II, art. 231, que M. Naquet et que M. Letellier rapporteur estiment que certaines condamnations correctionnelles doivent être considérées comme une injure grave ; nous partageons absolument cet avis, surtout en ce qui concerne les condamnations pour outrage à la pudeur ou pour excitation de mineurs à la débauche. Coulon, *Man.-form.* 5e Edit. p. 45 et suiv. v. dans ce sens, Bruxelles, 17 février 1881. S. 83. 4. 3. Cass. Belge. 22 juin 1882, S. 83. 4. 3. Fuzier-Herman, C. Civ. ann. art. 231, n° 92 et suiv. ; Frémont, *op. citat.* n° 109 et suiv. p. 5. Trib. Castelnaudary, 13 août 1885. Toulouse, 1re Ch. 7 juillet 1886. Toulouse, 1re Ch. 31 décembre 1888. Coulon, *op. citat.* t. III, art. 232.

La formule générale de l'article 231, excès, sévices, injures graves, permet aux juges de se mouvoir dans une pleine liberté d'appréciation, le divorce ou la séparation de corps peuvent donc être autorisés si les tribunaux apprécient que la peine prononcée, ou même seulement les faits qui l'ont motivée, entachent l'honneur de l'époux condamné sinon d'infamie, tout au moins d'une sorte de flétrissure, ayant pour son conjoint le caractère d'une injure grave. Mais ici, plus encore que pour les sévices et injures graves proprement dits, le juge devra tenir compte dans l'appréciation des faits, de la situation sociale, de l'éducation, et des sentiments habituels des parties en cause. Il est bien certain, en effet, que telle condamnation à laquelle, dans un certain milieu social, on attache un caractère sérieux de flétrissure et d'infamie, n'a pas la même gra-

vité aux yeux des personnes d'une éducation plus grossière. Vraye et Gode, *op. citat.* p. 69 ; Le Senne, *Sépar.* p. 57 ; Coulon, *Man.-form.* 5ᵉ Edit. p. 71 ; Goirand, *Divorce*, p. 15 ; Carpentier, *Divorce*, n° 48, p. 105 et n° 51, p. 109 ; *Contra* : Allemand, *Mariage*, t. II, n° 137, 6 ; Aubry et Rau, t. V, § 491, p. 178, note, 25 ; Demolombe, *Mariage*, t. II, n° 396, p. 472 et aussi une note parue dans les Pandectes françaises 1887, 2ᵉ partie, p. 185 sous le jugement et l'arrêt de Toulouse précités et ainsi conçue :

La Cour de Toulouse et le tribunal de Castelnaudary se sont appuyés, pour prononcer le divorce, en en faisant une question de principe, sur des condamnations correctionnelles. Cette doctrine peut paraître contestable.

L'art. 232 C. civ. décide que le divorce pourra être prononcé par suite de la condamnation de l'un des époux à une peine *afflictive et infamante*. Ne semble-t-il pas qu'on en doit conclure que le même effet ne peut être attribué aux condamnations correctionnelles ?

Cette conséquence paraît résulter de la discussion et des travaux préparatoires de la loi du 29 juillet 1884.

L'art. 231 C. civ., voté par la Chambre des députés, était ainsi modifié :

« Les tribunaux pourront accorder le divorce aux époux » qui le demanderont pour excès, sévices et injures graves » de l'un envers l'autre, ainsi qu'à raison de la condamnation de l'un d'eux à une peine correctionnelle d'emprisonnement pour vol, escroquerie, abus de confiance, » outrage public à la pudeur, excitation de mineurs à la » débauche, comme aussi de toutes condamnations à des » peines correctionnelles prononcées par les cours d'assises, etc.

» L'action en divorce, pour cause de condamnation à

» une peine correctionnelle, devra être intentée dans le
» délai d'un an qui commencera à courir du jour où la
» condamnation sera définitive. Le conjoint qui n'aura
» pas pu avoir connaissance de ladite condamnation aura
» également, pour exercer son action, le délai...

» Toutefois, dans le cas de condamnation correctionnelle
» prononcée contre l'un des époux antérieurement à la
» présente loi et non suivie de réhabilitation, le délai
» d'une année ne courra... »

Il y avait là, comme on le voit, un système complet, nouveau, mais il n'a pas été accepté par le Sénat, qui a rétabli, dans son texte, l'ancien art. 231, et supprimé ainsi la faculté que la Chambre avait voulu donner aux tribunaux d'accorder le divorce en raison de la condamnation de l'un des époux à des peines correctionnelles entachant en fait l'honneur du condamné.

Il est vrai qu'au retour de la loi à la Chambre, le rapporteur a ajouté : « La solution du Sénat ne nous a cependant
» pas paru sans remède. Nous demeurons convaincu que,
» dans l'immense majorité des cas, les tribunaux considé-
» reront l'infamie de fait de l'un des époux comme une
» injure grave envers l'autre époux et prononceront le di-
» vorce. » Voy. la discussion aux débats parlementaires, de la Chambre des députés, Coulon, *op. citat.* t. II.

Mais faut-il en conclure, comme le jugement de Castelnaudary, « qu'il suffit de lire les débats qui ont eu lieu lors du vote de la loi de 1884, pour être convaincu que le législateur a voulu autoriser les tribunaux à voir une cause de divorce dans des condamnations correctionnelles quelconques ? »

Il ne semble pas que ce soit là une application exacte des intentions du législateur.

Aussi les deux documents judiciaires que nous examinons ont puisé la solution qu'ils donnent non dans l'art. 232, mais dans l'art. 231. Le fait auquel la loi refuse un effet sur la dissolution du mariage en tant que condamnation, ils le lui accordent en le considérant comme une injure.

Cependant, d'après les définitions données par les jurisconsultes, l'idée d'injure comporte la volonté de manifester personnellement au conjoint des sentiments d'aversion ou de mépris. — Demolombe, t. IV, n. 283; Dalloz, Rép., V° *Sép. de corps*, n. 28; Laurent, *Proc. de dr. civ.*, t. III, n. 190; Aub. et Rau, t. V, p. 176.

Il est difficile d'attribuer ce caractère à une condamnation portant sur des faits étrangers à l'autre époux. L'injure ne consisterait plus alors que dans la déconsidération jetée sur lui par la faute de son conjoint, et c'est là justement la cause de divorce que la loi a créée en la restreignant aux condamnations criminelles.

Si néanmoins, le fait motivant la condamnation était par lui-même injurieux pour le conjoint, comme, par exemple, certains attentats aux mœurs, la solution à intervenir pourrait être différente; mais alors le divorce serait justifié, non par la condamnation, mais par le fait lui-même, dont le jugement ne serait que la preuve juridique. Caen, 23 février 1857, S 57. 2 568. P. 58. 283. — Trib. de Semur, 2 août 1862, D. P. 62. 3. 72. — Voy. dans le sens de l'opinion que nous soutenons: — Grenoble, 24 janvier 1865, S. 65. 2. 204, D. P. 65. 2, 220, qui refuse la séparation de corps pour une condamnation pour faux en écriture de commerce; — Tribunal de Coulommiers, 19 février 1886, journ. *la Loi*, du 7 mars qui décide que « les condamnations correctionnelles de l'un des époux, quel qu'en

soit le nombre ou la gravité, ne sont pas par elles-mêmes une cause de divorce.»

La condamnation à une peine infamante mais non afflictive ne pourra jamais être une cause de divorce ou de séparation de corps. Le législateur de 1884, en retranchant cette cause de l'article 232 qu'il remettait en vigueur, a clairement prouvé ses vues qu'on ne saurait transgresser sans violer la loi et son esprit. *Sic.* Vraye et Gode, p. 70; Carpentier, *op. citat.*, n° 50; *Contra:* Guignot, *Divorce*, p. 37.

M. Naquet dans sa proposition déposée le 21 mai 1878 (V. Coulon, *op. citat.* t. II, 1re partie), avait proposé d'admettre comme cause de divorce :

« Les dissentiments religieux survenus après le mariage et prouvés, soit par le changement de religion de l'un des époux, soit par la religion imposée aux enfants lors de leur naissance ou plus tard, par l'un des époux, malgré la volonté ou à l'insu de l'autre, soit par l'aveu des deux parties. »

Il la justifiait en ces termes, page 4 de l'Exposé des motifs :

« Quant à la troisième disposition, il me paraît difficile qu'elle ne soit pas admise. Les divergences de vues en matière religieuse sont un des sujets les plus graves et les plus permanents de dissentiments entre époux, rien n'occasionne des querelles plus fréquentes et plus violentes ; et, si l'on admet avec Treilhard que le divorce pour les enfants est mille fois préférable au spectacle constant des tiraillements et des violences entre les parents, cette disposition doit être acceptée. »

Cette proposition fut néanmoins repoussée, mais les tribunaux restent libres d'apprécier d'après les circons-

tances de la cause si ces faits constituent une injure grave de nature à motiver une demande de divorce. On consultera, avec intérêt, sur cette question, les notes placées sous un arrêt de Montpellier du 4 mai 1847. D. 47. 2, 81. Coulon, *Man. form.* 5e Edit. p. 72.

Deux personnes ont consenti réciproquement à se prendre pour mari et pour femme devant l'officier de l'état civil : aux yeux de la loi, elles sont légitimement mariées. Mais il avait été convenu entre elles, avant de passer outre à la célébration de ce mariage, qu'elles feraient bénir ensuite leur union par l'Eglise ; ou bien, sans qu'il fût intervenu de stipulation expresse à cet égard, il est démontré que l'une au moins d'entre elles n'a consenti à cette union que parce qu'elle pensait qu'elle devait être suivie du mariage religieux. Au moment d'accomplir cet acte, l'autre s'y refuse. Ce refus peut-il constituer pour la partie qui en est victime une cause suffisante de divorce? La question posée en ces termes pour la séparation, a été résolue affirmativement par la jurisprudence et a donné naissance en doctrine à deux solutions tout à fait opposées. *Affirmative* : Coin-Delisle, *Rev. crit.* t. III, p. 175 ; Bressolles, *Rev. législ.*, 1861, t. II, p. 158 ; Aubry et Rau, t. V, p. 175 ; Duvergier, *Rev. crit.*, 1866, p. 325 ; Demolombe, t. IV, n° 390 ; Carpentier, *op. citat.* p. 96 et 97 ; Vraye et Gode, p. 65. *Négative* : Laurent, t. III, n° 96 ; Batbie, *le Correspondant* 1866, p. 92-95. Nous nous rallions à l'affirmative et nous admettons avec M. Demolombe, que le refus de passer outre à la célébration du mariage religieux peut être considéré par l'un des conjoints comme une injure grave, par cette raison que son conjoint aboutit à le « forcer ainsi à vivre dans un état qui, à ses yeux, ne serait qu'un concubinage. » Mais ce motif nous donne en

même temps la limite du principe que nous posons : pour qu'on puisse en faire l'application, il faut que la religion à laquelle appartient l'époux qui se prétend lésé, ne considère le mariage comme formé qu'après l'intervention des cérémonies par laquelle elle se réserve de le consacrer ; si elle ne voyait dans l'adjonction de ces cérémonies qu'une pratique recommandable sans doute, mais incapable de fortifier en aucune façon le lien déjà formé par la loi civile, il faudrait, au contraire, le rejeter. Il importerait peu d'ailleurs que le mariage fût un mariage mixte, s'il est nécessaire que l'époux lésé soit réduit à se considérer comme en état de concubinage, cela est en même temps suffisant. *Sic.* Carpentier, p. 97. Le refus par le mari de laisser baptiser ses enfants ou de les faire instruire dans la religion de leur mère, ne saurait, au contraire, être consideré comme une injure grave. Ce refus est un droit pour le mari à cause de son autorité paternelle, et sur ce point, la femme doit se soumettre, art. 213 *C. civ.* Vraye et Gode, p. 66 ; Carpentier, *op.citat.* n° 48, Il en serait de même du changement de religion de l'un des époux pendant le mariage ; dans ce cas on ne peut dire qu'il y a violation d'une promesse. *Sic.* Poulle, *Divorce*, p. 120.

Le fait par le mari de s'abstenir volontairement et avec persistance de consommer le mariage, ou la résistance complète de la femme à sa consommation sont injurieux au premier chef et comme tels peuvent être des causes de divorce ou de séparation de corps. Douai, 29 avril 1884, Constant, *Code du Divorce* ; Aubry et Rau, t. V, p. 176, n° 491, Carpentier, n° 41.

Le refus réitéré du mari de recevoir sa femme au domicile conjugal ou le refus par la femme d'y rentrer ont également le caractère d'injures graves. Ce refus aurait

même ce caractère s'il se produisait après une longue séparation volontaire ; la séparation volontaire n'est qu'un état de fait méconnu par la loi, elle ne peut avoir aucune influence sur les droits et les devoirs matrimoniaux qui ne sont relâchés ou détruits que par la séparation judiciaire ou le divorce légalement prononcé. L'époux qui a renoncé volontairement, pendant un certain temps, à se prévaloir de ses droits, n'en est pas moins recevable à en réclamer le bénéfice quand il lui plaît, sans que l'autre époux puisse s'y refuser. Vraye et Gode, p. 60 ; Vazeille, *Mariage*, t. II, n[os] 545 et 547; Allemand, *Mariage*, t. II, n° 1380 ; Cubain, *Droit des femmes*, n° 18 ; Duranton, t. II, n° 555 ; Aubry et Rau, t. V, § 491, p. 176; Demolombe, *Mariage*, t. II, n° 388; Massol, *Sép. de corps*, p. 47, n° 7 ; Carpentier, n° 42 ; Frémont, *Divorce*, p. 57 ; Laurent, t. III, p. 233, n° 195.

Il va sans dire, que l'abandon du domicile conjugal, ou le refus de le réintégrer n'est une cause de divorce ou de séparation que s'il n'est pas justifié. Si, au contraire, l'époux qui a abandonné le domicile conjugal a de justes motifs pour le faire, l'abandon cesse d'avoir un caractère injurieux.

Rien n'empêche que le Tribunal ne regarde comme gravement injurié l'époux contre lequel son conjoint a demandé inutilement le divorce, non que la demande même soit une injure suffisante, mais parce qu'elle présuppose l'articulation de faits graves et calomnieux. Mais le juge peut aussi prendre en considération la bonne foi de l'époux, la valeur des preuves dont il étayait sa demande, la sincérité de sa rétractation, etc. En un mot, c'est ici une pure question de fait. Willequet, *du Divorce*, p. 65; Locré, *Esp. du code civil*, III, 118 ; Disc. de Réal et Portalis, procès-verbal du 14 vend. an X, p. 306 ; Merlin, Rep. V°

Sép. de corps, § 1, n. 4 ; Vazeille, II, 550 ; Duranton, II, 554 ; Demolombe, IV, 490.

Il ressort de la discussion de l'an X, que le mari qui a succombé dans une demande en divorce pour cause d'adultère, fournit à sa femme elle-même une cause de divorce par cette accusation calomnieuse et diffamatoire. Réal et Portalis, procès-verbal du 14 vendémiaire an X ; Locré, *Esprit du Code civil*, t. IV, p. 164. La réciproque est vraie.

Un conjoint communique à son autre conjoint le mal vénérien, y a-t-il là une injure grave ? La jurisprudence et la doctrine sont très divisées sur cette question. Des auteurs affirment que les Tribunaux ne sauraient y voir une cause de divorce, parce que la loi, ne prévoit pas spécialement cette cause. C'était déjà l'opinion de Pothier qui écrivait : « que le mal vénérien, quoiqu'il y ait de forts soupçons, ne peut pas servir de fondement à une demande en séparation, ce mal n'étant plus aujourd'hui incurable. » Pothier, *Du mariage*, n° 554.

M. Massol, (p. 79), distingue, suivant que le mal vénérien a été communiqué par le mari ou par la femme. L'injure n'existe que dans le second cas. M. Demolombe IV, p. 491, propose de « considérer si c'est un mal antérieur au mariage et qui n'était pas bien guéri, si ce mal étant postérieur au mariage, l'époux ignorait en être atteint lorsqu'il l'a communiqué à son épouse..., si c'est la première fois ou s'il y a au contraire récidive. » Impossible d'admettre ces solutions et ces distinctions qui sont inexactes ou arbitraires. Il y a quelques hypothèses qu'il faut certainement mettre en dehors du débat : si le futur a été de bonne foi et s'est cru guéri, s'il n'a pas eu connaissance de la maladie. Aucune injure grave ne saurait être

invoquée dans ces cas : il ne saurait y avoir d'injure là où l'intention d'injurier fait défaut. Dans toutes les autres hypothèses, nous admettons que la communication du mal vénérien puisse et doive toujours être admise comme injure grave. Dans tous ces cas, en effet, il est impossible de ne pas reconnaître un sanglant outrage à l'adresse de l'autre conjoint. *Sic*, Poulle, *op. citat.* p. 116. De la part de la femme, il y aurait mauvaise grâce à n'y pas voir une preuve certaine de l'adultère, et la jurisprudence n'a jamais hésité à le reconnaître. *Sic*. Merlin, Rep. V° *Sép. de corps*, § 1 ; Toullier, II, n° 757 ; Duranton, II, n° 534 ; Vazeille, II, n° 351 ; Zachariæ, III, § 491, n° 8; Massol, p. 48, n° 8; Chardon, n° 61 ; Marcadé, art. 306, n° 3; Demolombe, n° 389 ; Poulle, p. 116. Pothier déclare que le mal n'est pas incurable. La médecine n'est cependant pas toujours de cet avis : des rechutes sont toujours à craindre quand la maladie a été violente, et c'est surtout en vue de cette hypothèse qu'il faut raisonner. Puis, c'est à tort que des auteurs distinguent entre le mal ayant une cause antérieure ou postérieure au mariage, et jamais les tribunaux n'ont hésité à déclarer, qu'il y avait, dans le silence gardé, un silence tout aussi coupable et injurieux de la part de l'époux contaminé que de la part de la femme qui cache se grossesse ou son inscription, comme femme publique, sur les livres de la police. Dalloz, V° *Sép.* n° 61. Quant à la distinction entre le mari et la femme proposée par M. Massol, elle est encore plus bizarre. On ne voit pas pourquoi le mari qui infecte son conjoint serait traité avec moins de sévérité que la femme : la faute de l'un comme de l'autre a pour résultat identique de compromettre la santé de l'époux contaminé. *Sic*, Poulle, *op. citat.* p. 117; de Cavilly, *Sép. et Div.* p. 63.

L'époux demandeur qui veut obtenir le divorce ou la séparation de corps à raison de l'adultère, qu'il reproche à son conjoint, peut, s'il le juge à propos, qualifier cet adultère d'injure grave. En effet l'adultère est par lui-même une injure grave pour l'époux trompé, et le Code met sur la même ligne, comme cause de divorce, les injures graves et l'adultère. Pourquoi donc serait-il défendu au demandeur de donner aux faits sur lesquels il s'appuie, celle des deux qualifications qu'il juge à propos, puisqu'elles sont exactes toutes deux et conduisent au même résultat juridique. Vraye et Gode, *op. citat.* p. 64.

Les refus d'assistance, de secours, de protection, sont également considérés, soit en doctrine, soit en jurisprudence, comme des causes suffisantes de divorce. Rien de plus naturel. Puisque la loi a fait de ces devoirs réciproques, de véritables obligations civiles, et que si les causes de divorce ne doivent pas se réduire à leur violation, il y a pour elles une raison de plus d'en faire partie.

Nous ne parlons pas du refus d'obéissance de la femme au mari; on reconnaît généralement que ce refus, s'il n'est accompagné d'aucune circonstance aggravante, ne saurait être assimilé à une injure grave. De telle sorte que ce qui constituerait l'injure en cas de circonstance aggravante, ce serait bien plutôt la nature de l'acte interdit par le mari, que son accomplissement lui-même.

La même solution doit être donnée au cas où la femme se serait passée pour accomplir certains actes de l'autorisation maritale. Il y a contre les actes ainsi passés un remède fort simple, l'annulation. Un semblable grief ne soulèverait d'ailleurs que des intérêts pécuniaires, dont nous nous refusons à faire des causes de divorce. Et si on était tenté de douter en cas d'acceptation spéciale d'une

donation, c'est que l'on envisagerait plutôt les soupçons que cette donation pourrait faire naître que l'infraction commise par la femme, en s'affranchissant de l'autorisation maritale. Carpentier, *op. citat.* p. 99.

La preuve des excès, des sévices et des injures graves peut être faite, comme pour l'adultère, par témoins, par présomption, tous les autres modes de preuve sont aussi admissibles. La preuve peut également résulter de la production de lettres missives, surtout lorsqu'il s'agit d'injures. (*Voir à ce sujet ce que nous avons dit sur la preuve en matière d'adultère.*) Les injures sont orales ou écrites. A ce sujet on s'est demandé si une injure grave pouvait se trouver dans une lettre adressée par l'un des époux à son conjoint ou à un tiers? L'affirmative doit être admise. Peu importe que l'outrage soit proféré publiquement ou qu'il soit inséré dans une lettre, car après ces insultes et ces froissements, la vie commune, dans l'un et l'autre cas, peut devenir impossible. Puis, bien souvent, ces injures écrites viendront constater des injures proférées publiquement par l'un des époux, en présence de témoins.

La constatation de ces injures dans une lettre écrite de sang-froid augmentera ainsi la gravité de l'outrage. Une lettre écrite à des tiers, et contenant des imputations diffamatoires, devrait, à plus forte raison, être considérée comme contenant une injure grave. Poulle, *op citat.* p. 122. (*Voir d'ailleurs sur tous ces points.* Coulon. *Le div. et la sép.* t. III, art. 231.)

Section IV. — De la condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante.

Le mariage crée, entre les époux, une solidarité morale qui impose à chacun d'eux l'obligation de s'abstenir d'actes coupables dont la honte pourrait rejaillir sur son conjoint. Or, l'époux, qui encourt certaines condamnations, viole cette obligation, et la sanction de cette violation, c'est le divorce. *Sic*, Curet, *du Divorce*, p. 44. De là, la disposition de l'article 232: « La condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante sera pour l'autre époux une cause de divorce. »

Pour qu'il y ait là une cause de divorce, trois conditions sont nécessaires, il faut :

1° Qu'il y ait condamnation ;

2° Que la condamnation soit à une peine afflictive et infamante;

3° Que la condamnation soit devenue définitive.

Les peines afflictives et infamantes sont : la mort, les travaux forcés à perpétuité, la déportation, les travaux forcés à temps, la détention et la réclusion.

Que faudrait-il décider dans le cas d'une condamnation correctionnelle prononcée par une cour d'assises par suite de l'application de l'art. 463, C. pén. ? Les uns soutiennent que cette peine n'étant ni afflictive ni infamante, l'art. 232 ne trouve pas son application, les autres, au contraire, soutiennent que ce n'est pas la peine qui fait la honte mais la nature du fait coupable.

Pour la première opinion. Le Senne, *Sép. de corps*, p. 57 ; Carpentier, *op. citat.* p. 51 ; Vraye et Gode, *op. citat.* p. 83. Coulon, *Man.-form.* 5e Edit. p. 86 ; Massé et

Vergé, t. I, p. 251, § 138, note 17 ; Demolombe, t. IV, nº 96.

Quant à nous, nous n'hésitons pas à nous ranger à la première opinion. L'article 232 parle de la condamnation et non pas de la qualification légale du fait qui a motivé les poursuites. Il est donc nécessaire que l'époux défendeur ait été condamné à une des peines énumérées ci-dessus et l'article 232 ne trouverait pas son application quelle que soit la nature du crime de cet époux, si par suite du bénéfice de l'article 463, C. pén., il n'avait été condamné qu'à l'emprisonnement. Il n'est pas nécessaire que cette peine ait été prononcée par la Cour d'assises, le résultat serait le même si la condamnation émanait d'une autre juridiction, par exemple, des tribunaux militaires et maritimes et dans certaines colonies des cours criminelles spéciales. Mais quels que soient la juridiction et l'horreur du forfait, on ne pourrait invoquer l'article 232 si la peine prononcée n'est pas afflictive et infamante.

Il faut de plus que cette condamnation soit définitive et que la décision qui la prononce ne soit plus susceptible d'être réformée par les voies légales ordinaires. Il en résulte que si cette condamnation a été prononcée par contumace, c'est-à-dire en l'absence du coupable, elle ne peut devenir une cause de divorce que vingt ans écoulés après la date de sa prononciation; car pendant ce délai le condamné peut toujours se représenter et faire réformer la décision qui l'a reconnu coupable. Si la décision est contradictoire, elle ne devient une cause de divorce qu'après l'expiration du délai pour se pourvoir, et dans le cas de pourvoi, après la décision de la juridiction chargée de statuer définitivement. Coulon, *Man.-form.* 5ᵉ Edit. p. 87 ; Vraye et Gode, *op. citat.* p. 83 ; Willequet, *du Divorce*, p. 82,

2; Toullier, *Dr. civ.* t. II, n° 673; Demolombe, *Mariage*, t. II, n° 397; Ducauroy, Bonnier et Roustain, *Comm. C. civ.* t. I, n° 407; Demante, t. II, n° 7 *bis*; Valette, *Expl. somm. du liv.* 1, *C. Nap.* p. 140.

A la vérité l'article 232 ne dit pas qu'il faut que la condamnation soit définitive, mais cet article était subordonné d'après la loi de 1884 à une disposition de l'article 261, qui voulait que le jugement portant condamnation ne fût plus susceptible d'être réformé par aucune voie légale.

La loi a abrogé l'art. 261. On s'est donc demandé s'il était nécessaire encore aujourd'hui que la condannation soit définitive.

Nous le pensons. Il est vrai que l'abrogation pure et simple de l'article 261 pourrait laisser quelque doute à cet égard, mais il ne faut pas oublier que la loi de 1886, n'est qu'une simple loi de procédure ; qu'elle n'a voulu toucher en rien au fond du droit ainsi que cela a été déclaré à plusieurs reprises dans les travaux préparatoires et que si l'article 261 a disparu, c'est uniquement parce qu'il contenait surtout une disposition de procédure. *Sic.* Vraye et Gode, *op. citat.* p. 83. D'ailleurs la cause véritable de divorce ou de séparation de corps prévue par l'article 232, c'est l'infamie qui s'attache à la condamnation. Or, là où la loi pénale a admis un recours par les voies ordinaires, on ne saurait dire que le condamné soit d'ores et déjà noté d'infamie.

Une fois encourue la condamnation est une cause péremptoire de divorce, c'est-à-dire qu'une fois établie le juge est lié et ne peut se refuser à admettre le divorce. Ceci est vrai, soit que le condamné ait subi sa peine, soit qu'il ait été l'objet d'une grâce ou d'une commutation de peine, soit que par la fuite il ait évité de purger sa con-

damnation. Dans tous ces cas, en effet, la déchéance morale, résultant du fait d'avoir encouru une condamnation infamante, continue à subsister. Il en serait autrement si le condamné avait été réhabilité, son conjoint ne pourrait plus après la réhabilitation invoquer l'article 232, mais tant que le condamné n'a pas été restitué dans ses droits par décision de justice, son conjoint peut se faire une arme de la condamnation prononcée, et cela même si la procédure en réhabilitation est commencée. Nous dirons de même pour l'amnistie ; si le divorce n'a pas été prononcé avant qu'elle intervienne, il ne pourra plus l'être, car elle a pour effet d'effacer toutes les déchéances et même jusqu'au souvenir de la condamnation. Mais l'amnistie ne portant jamais préjudice aux droits des tiers ne saurait avoir pour effet d'annuler le divorce obtenu antérieurement et nous pensons que l'époux pourrait le faire prononcer malgré la loi d'amnistie si la décision judiciaire autorisant cette prononciation avait acquis l'autorité de la chose jugée avant la promulgation de cette loi. Tous les auteurs ne sont pas unanimes sur cette question, il en est qui ne reconnaissent ni à l'amnistie, ni à la réhabilitation, l'effet que nous leur attribuons. *Sic.* Coulon, *Man.-form.* 5e Edit. p. 88. Goirand, *op.citat.* p. 23 ; Zachariae, Massé et Vergé, I, p. 251, note 16 ; Vraye et Gode, *op. citat.* p. 90 ; Rousseau et Laisney, *Dict. procéd.*, t. I. V° *Divorce*, n° 102; Fuzier-Hermann, *C. civ. annot.* art. 231, n°2; Aubry et Rau, t. V, p. 179, § 491. — *Contra.* Vazeille, II, 4, § 558 ; Demolombe, IV, § 396, v° Dalloz J. G., V° *Séparat. de corps*, nos 84 et 99.

Mais tous sont unanimes pour admettre que si la condamnation a été effacée par un jugement de revision, le divorce ne peut plus être demandé parce que la revision

est fondée sur l'erreur des premiers juges. Le divorce admis avant la revision produirait néanmoins tous ses effets.

L'époux qui apprendrait que son conjoint a été, avant le mariage, condamné à une peine afflictive et infamante pourrait-il obtenir le divorce de ce chef? Pour la négative on dit que la loi exige que la condamnation soit encourue par un *époux;* or, le conjoint n'avait pas cette qualité au moment où il a été condamné. Cette opinion qui n'invoque que cet argument ne nous paraît pas exacte. Le législateur a employé ce mot parce qu'il n'en avait pas d'autre pour désigner les conjoints. Nous pensons que s'il avait voulu établir une distinction, il n'aurait pas manqué de la faire en termes formels, et devant le silence qu'il a gardé, nous ne nous croyons pas le droit de distinguer entre la condamnation antérieure et la condamnation postérieure au mariage. D'autant que le motif qui a fait introduire cette cause de divorce est la répulsion invincible qu'une personne honnête éprouve à vivre avec un être légalement infâme. « Forcer un époux de vivre avec un infâme, disait Treilhard, ce serait renouveler le supplice d'un cadavre attaché à un corps vivant. » Exposé des motifs, séance du 30 ventôse an XI, D., V° *Sép. de corps,* p. 890, col. I, n° 19. Or, nous ne voyons pas comment l'infamie serait diminuée par cette considération qu'elle remonte à une date antérieure au mariage, si l'époux a toujours ignoré jusqu'au jour où il l'invoque la condamnation encourue par son conjoint. Nous n'hésitons pas en effet à penser que s'il a eu antérieurement connaissance de cette infamie, il doit être réputé avoir pardonné. L'importance de cette condamnation est si grande que parmi les auteurs qui se refusent à appliquer dans ce cas l'article 232, il en est

plusieurs qui reconnaissent qu'elle est une cause d'erreur suffisante pour faire prononcer la nullité du mariage. Notre opinion nous semble plus conforme au texte et à l'esprit de la loi, en même temps qu'elle respecte davantage le caractère primordial d'indissolubilité du mariage, car le divorce entraîne des conséquences moins graves que la nullité, tant au point de vue des enfants qu'au point de vue des époux eux-mêmes.

Tout ce que venons de dire de la condamnation antérieure au mariage, doit s'appliquer à la condamnation antérieure à la loi des 19-27 juillet 1884, mais à la condition qu'elle soit à la fois afflictive et infamante, car la condamnation simplement infamante ne pourrait plus être une cause de divorce ou de séparation. Coulon, *Man.-form.* 5e Edit. p. 89.

L'époux qui a été condamné à une peine afflictive et infamante peut-il néanmoins invoquer l'article 232 C. civ. si son conjoint a subi une peine de même nature?

M. Goirand, *Traité pratique du divorce*, p. 114, pense que non. « La loi, dit-il, n'a créé cette cause de divorce que pour ne pas imposer à l'époux innocent l'obligation de partager l'infamie encourue par son conjoint ; du reste l'art. 232 est bien clair dans ses dispositions, il n'accorde l'action qu'au cas seulement où l'un des époux aurait été condamné à une peine afflictive et infamante. »

Sans méconnaître la valeur des deux arguments indiqués par M. Goirand, nous ne pouvons adopter son opinion. Il n'est pas douteux que la cause de divorce créée par l'article 232 est une cause péremptoire; or le propre des causes de cette nature est d'échapper à toutes les considérations de fait et même à l'appréciation du tribunal dont le rôle se borne à constater si la cause invoquée existe ou

non. Dans le premier cas *il doit* admettre le divorce, dans le second *il doit* le rejeter. Ceci est si vrai, dans le cas spécial qui nous occupe, que l'ancien article 261 Code civil, n'exigeait pas que le défendeur fût mis en cause. Coulon, *Man.-form.* 5e Edit. p. 90.

En ce qui concerce les condamnations prononcées par un tribunal étranger.

M. Goirand, *Traité pratique du divorce*, p. 20, examine la question de savoir si la condamnation prononcée par un tribunal étranger peut être invoquée en France pour motiver le divorce et conclut pour la négative. Nous sommes absolument de cet avis, car nous ne pensons pas qu'un tribunal étranger puisse créer un document de nature à modifier l'état d'un Français, ce qui arriverait infailliblement si l'opinion contraire prévalait, puisque, comme nous l'avons déjà fait remarquer, le juge dans le cas de l'art. 232 est lié par la production d'un extrait en bonne forme de la décision portant condamnation. Mais l'époux non coupable pourrait invoquer l'article 231 et faire décider que cette condamnation de son conjoint par un tribunal étranger constitue vis-à-vis de lui une injure grave qui rend la vie commune impossible.

Nous avons dit que l'article 232 ne pouvait être invoqué que lorsque la peine était afflictive et infamante et que même dans le cas où l'infraction à la loi était punie d'une peine de cette nature il n'y avait pas lieu d'appliquer cet article, si en vertu de l'article 463, Code pénal, une simple peine correctionnelle était prononcée. L'époux dont le conjoint aura été condamné correctionnellement est-il donc désarmé ? Assurément non. Il peut toujours, en se basant sur l'article 231, introduire une instance en divorce pour injure grave, et il triomphera certainement de ce chef toutes les

fois que le fait invoqué portera véritablement atteinte à son honneur ou aura un tel caractère de gravité que toute vie en commun sera devenue insupportable. Coulon, *Man.-form.* 5e Edit. p. 91.

Autrefois le mode de preuve de la condamnation était indiqué dans l'article 261. « Il consistait à représenter une expédition en bonne forme de la décision portant condamnation avec un certificat du greffier constatant que cette décision n'était plus susceptible d'être réformée par les voies légales ordinaires. »

Le certificat du greffier devait, d'ailleurs, être visé par le procureur général ou par le procureur de la République, c'est-à-dire par le parquet du lieu où siégeait la Cour d'assises, si la décision émanait d'une juridiction de cette nature ou du lieu où étaient déposées les minutes, s'il s'agissait d'une décision rendue par une autre juridiction. Quelques auteurs estimaient cependant que s'il s'agissait d'une juridiction spéciale, le visa devait être donné par celui qui faisait fonction de ministère public près de cette juridiction. Goirand, *op. citat.* p. 58 et Marcadé, t. I, append. éd. 1885, p. 674.

Par suite de l'abrogation de l'article 261, ce mode de preuve n'est plus rigoureusement prescrit; il pourra donc y être suppléé par d'autres pièces d'un caractère authentique. Un certificat serait insuffisant, mais un extrait du casier judiciaire, un extrait du jugement de condamnation délivré en bonne forme, c'est-à-dire par le greffier qui en détient la minute, et revêtu des légalisations requises pour donner à cette pièce force complète d'authenticité là où elle est produite, nous paraissent constituer un mode de preuve suffisant, pourvu que ces pièces soient accompagnées de documents justifiant que la condamnation est définitive.

En pratique et pour éviter toute difficulté, il sera toujours préférable de rapporter les pièces qu'exigeait l'article 261, abrogé. *Sic*, Vraye et Gode, *op. citat.* p. 100.

Section V. — Du divorce pour cause de conversion de séparation de corps.

« Lorsque la séparation de corps aura duré trois ans, le jugement pourra être converti en jugement de divorce sur la demande formée par l'un des époux.....» art. 310.

Cette cause se confond en quelque sorte avec les précédentes, puisque aux termes de l'article 306, les causes de séparation de corps et de divorce sont les mêmes.

La demande de conversion peut être faite dans tous les cas par le demandeur ou par le défendeur à l'action en séparation de corps.

Le défendeur à l'instance en conversion ne peut offrir de faire cesser la séparation de corps pour arrêter l'instance.

Le tribunal apprécie s'il y a lieu à divorce.

Nous examinerons cette cause de divorce, ses conséquences et la procédure à suivre dans un chapitre spécial, auquel nous renvoyons nos lecteurs.

CHAPITRE II

DE LA PROCÉDURE DE DIVORCE ET DE SÉPARATION DE CORPS

Section I. — De la capacité requise pour intenter l'action et pour y défendre.

Le droit de demander le divorce appartient réciproquement aux deux époux.

Ce droit conféré aux époux par les articles 229 à 232 est absolument personnel. On s'explique aisément qu'il en soit ainsi.

Le divorce comme la séparation de corps a pour cause, soit le mépris des obligations nées du mariage, soit l'infamie résultant d'une condamnation. Il est donc logique que l'époux outragé soit seul juge de la gravité de l'outrage, et qu'on ne puisse lui imposer un divorce ou une séparation dont il ne voudrait pas.

D'ailleurs de ce que le pardon et la réconciliation ont pour effet d'éteindre l'action, il faut nécessairement conclure que cette action est personnelle, car on ne comprendrait pas que l'action exercée par un tiers pût s'éteindre à son insu et malgré lui et de par la volonté des époux. Cette opinion

s'étaie au surplus sur deux autres arguments : un argument de texte. Les articles précités ne parlent pas des époux : et en ce qui concerne les tiers qui n'ont qu'un intérêt pécuniaire, un argument de raison tiré par *a fortiori* de l'article 1446 du Code civil d'après lequel les créanciers de la femme n'ont pas le droit, sans son consentement de demander la séparation de biens. *Sic* Vraye et Gode, *op. citat.*, p. 120 ; Coulon, *Man.-form.* 5ᵉ Edit. Carpentier, *op. citat.*, n° 64, p. 124.

Aux termes de l'article 238, § 4, Cod. civ., la femme qui veut intenter contre son conjoint une action en divorce est dispensée de se munir à cet effet de l'autorisation maritale et suffisamment habilitée par une ordonnance du magistrat chargé de recevoir sa requête. Cette disposition n'est que la reproduction d'un principe analogue déjà posé en matière de séparation de corps par l'article 878. Code de Proc. Civ. *Sic.* Carpentier, *op. citat.* p. 45 ; Coulon, *Man.form.* 5ᵉ Edit. p. 103 ; Frémont, *op. citat.* n° 166 ; Depeiges, *de la Procédure du Divorce*, n° 24.

Quant à la femme mineure, ne doit-elle pas se pourvoir d'une autorisation spéciale? Il est certain que, pour former la demande en divorce, la seule autorisation du président lui suffit. V. Dalloz, J. G. *Sép. de corps*, n° 225. Telle est, en effet, la décision adoptée en matière de séparation de corps, et nous ne voyons pas de raison pour y déroger en matière de divorce.

Toutefois, quand la femme mineure arrive à l'exécution du jugement de divorce, nous admettrions difficilement qu'elle pût procéder seule et sans aucune assistance à la *liquidation* de ses droits, et notamment qu'elle pût toucher ses capitaux. Nous sommes, en effet, en présence d'un mineur émancipé, dont la capacité est régie par l'article

482, Code civil, et il y a lieu d'appliquer d'autant plus en ce cas les dispositions de cet article, que l'émancipation de la femme a été uniquement la conséquence de son mariage et qu'elle n'a point été accompagnée des garanties auxquelles est subordonnée l'émancipation ordinaire. *Sic*, Goirand, *op. citat.*, p. 59, Massol, *De la séparation de corps*, p. 172, n° 7. édit. 1875.

La femme mineure ou le mari mineur ont-ils besoin pour agir de l'assistance d'un curateur ?

M. Massol, *Séparation de corps*, n° 105, le prétend en se fondant sur la disposition de l'article 482 du Code civil. Mais cet article ne prescrit l'assistance du curateur que pour certains cas déterminés, dans lesquels ne rentre pas la demande de divorce. On comprendrait mal, du reste, l'assistance d'un curateur, dans un débat où il s'agit bien plus de la protection de la personne que de celle des biens. C'est l'opinion de Carré et Chauveau, *Lois de proc.* t. VI, p. 729, quest. 2964. — V. conf. Vraye et Gode, p. 134 ; Merlin, Rép. V° *Séparat.* § 3, n° 8 ; Berriat-Saint-Prix, *Proc.* p. 676, note 5; Favard, *Rép.* t. V, p 111, V° *Séparat.* sect. 2. § 2, art. 1 ; Demolombe, *Mariage*, t. II, p. 526, n° 445 ; Toullier, t. II, n° 767 ; Duranton, t. II, n° 585 ; Carpentier, *Divorce*, n° 68, p. 127.

Comme elle suppose essentiellement l'existence du lien conjugal, l'action en divorce n'est pas transmissible aux héritiers. On s'était demandé si le décès de l'une des parties éteignait pour les héritiers ou pour l'autre partie le droit de suivre l'instance et les empêchait de se prévaloir du divorce prononcé, mais non encore transcrit.

L'intérêt de la question était surtout dans le règlement des intérêts pécuniaires ; on a soutenu avec raison selon nous, que lorsque le décès survenait au cours de l'ins-

tance, il n'était pas moral de permettre aux héritiers de continuer l'action en divorce pour une question pécuniaire.

De même si l'on admettait que les héritiers peuvent faire transcrire un jugement de divorce devenu définitif avant la mort de l'un des époux mais non encore transcrit, on supprimerait le droit de grâce accordé par la loi à l'époux qui a obtenu le divorce. Coulon, *Man.-form.* p. 181. D'ailleurs l'article 244 *in fine* décide que l'action en divorce s'éteint par le décès de l'un des époux, survenu avant que que le jugement soit devenu irrévocable par la transcription sur les registres de l'état civil.

Rien de plus raisonnable que cette disposition:

L'action en divorce est au premier chef, comme nous l'avons déjà dit, une action personnelle qui ne peut être intentée que par les époux. Aussi cette action doit-elle s'éteindre au décès de l'un d'eux sans passer jamais aux héritiers, et cela est vrai aussi bien lorsque l'instance est engagée que lorsqu'elle ne l'est pas encore, et en aucun cas même au point de vue purement pécuniaire les héritiers ne peuvent reprendre l'instance ni même faire transcrire le divorce par l'officier de l'état civil au cas où l'époux qu'ils représentent serait décédé après avoir obtenu un jugement passé en force de chose jugée prononçant le divorce et en ordonnant la transcription.

M. Frémont, *Traité pratique du divorce et de la séparation de corps*, p. 106 et suivantes, qui examine dans tous ses détails cette question, se prononce dans le même sens que nous et aucune difficulté ne peut plus exister avec le texte du nouvel article 244.

Si l'héritier ne peut ni intenter, ni reprendre une instance en divorce, il est évident qu'à plus forte raison les créanciers ne pourront pas le faire. Le seul droit, en effet,

de ceux-ci est, une fois l'instance mise à fin, de surveiller la liquidation pour éviter qu'elle porte atteinte à leurs droits. *Sic*, Coulon, *Man.-form.* p. 182, Carpentier, p. 45; Baudry-Lacantinerie, n° 30; Goirand, p. 38; Depeiges, nos 22 et 38.

Des principes que nous venons de poser il résulte que : 1° les héritiers de l'époux demandeur n'ont pas qualité pour reprendre l'instance dans le but de démontrer que l'action de leur auteur était bien fondée et d'obtenir la révocation des avantages faits par lui à son conjoint soit par contrat de mariage, soit depuis le mariage contracté. (Art. 299 Code civil.)

2° Les héritiers peuvent seulement, s'il y a lieu, exercer par une instance nouvelle, l'action en révocation des donations pour cause d'ingratitude. (Art. 957, Cod. civil.)

3° Réciproquement, le demandeur ne peut continuer ses poursuites en divorce ou en séparation de corps contre les héritiers du défendeur.

4° Après le décès de l'un des époux, il n'y a pas lieu de statuer par jugement sur le sort des dépens. Chacune des parties garde à sa charge les frais qu'elle a exposés. *Sic*, les auteurs déjà cités, *adde* Depeiges, *op. citat.* p. 16; Dutruc, *Supplément alphab. aux lois de la procédure civile* v°, *Sépar. de corps*, nos 218 et suiv.

Examinons maintenant l'exercice de l'action en divorce par des époux incapables.

Malgré le caractère personnel de l'action en divorce, cette action pourra-t-elle être exercée par le tuteur de l'un des époux en état d'interdiction? S'il s'agit d'un interdit légal, la question ne saurait plus depuis la loi de 1886 faire de doute; elle est résolue par la loi elle-même :

« En cas d'interdiction légale, résultant d'une condam-

nation, la requête à fin de divorce ne peut être présentée par le tuteur que sur la réquisition ou avec l'autorisation de l'interdit » art. 234, § 3.

Ainsi, le tuteur peut demander le divorce au nom de l'interdit légal; mais il ne peut le faire que sur sa réquisition ou tout au moins avec son autorisation. Il est évident, en effet, que la loi ne pouvait donner au tuteur le droit exorbitant d'intenter, au nom de l'interdit légal, au nom d'un époux qui, en somme, a toute sa capacité de fait, d'intenter, sans son consentement et peut-être malgré son opposition, une action aussi personnelle que l'action en divorce et dont les effets sont si graves. Remarquons que l'autorisation de l'interdit suffit pour habiliter le tuteur ; l'autorisation du conseil de famille n'est donc pas nécessaire. *Contra*, Paris : 1re Ch. 7 avril 1887. *Pandectes françaises* 1887, 2, n° 330 ; Coulon, *op. citat.* t. III, art. 234.

Cet arrêt de la Cour de Paris est ainsi concu :

« Si, par des raisons d'ordre supérieur tirées spécialement de la nature et du caractère même de l'action en divorce, le législateur de 1886 a défendu au tuteur d'intenter l'action sans avoir préalablement obtenu l'assentiment ou l'autorisation du condamné, il ne l'a au contraire assujetti à aucune condition ou formalité préalable pour défendre à cette action lorsqu'elle est intentée par le conjoint de l'interdit légal.

Le tuteur de ce dernier, défendeur à l'action en divorce, peut donc le représenter en conciliation devant le président du tribunal civil. »

On voit par là que cet arrêt ne s'élève pas absolument et directement contre la théorie que nous soutenons et qui est celle de la loi, mais qu'il prétend qu'elle n'est pas

applicable au cas où l'interdit est simplement défendeur à l'action. Examinons donc cette hypothèse, et nous ne pouvons mieux le faire qu'en mettant sous les yeux du lecteur les conclusions de M. l'avocat général Manuel, dont nous partageons absolument la manière de voir sur cette question et qui sont absolument contraires à l'arrêt précité : M. l'avocat général Manuel s'est exprimé en ces termes : « La loi du 18 avril 1886 ne formule à » l'égard du condamné, interdit légalement et défendeur » à une demande en divorce, aucune disposition spéciale. » Il faut, par suite, nécessairement considérer que le » législateur, en ce qui touche cet interdit, a entendu » maintenir l'application des principes consacrés par la » doctrine et la jurisprudence. Quels sont-ils ? Ils se résu» ment en quelques mots : L'interdiction légale atteint le » condamné dans l'exercice seulement des droits civils » dont il conserve la jouissance. L'interdiction légale n'a » d'application qu'à l'égard des droits pour lesquels la » distinction entre l'exercice et la jouissance est possible. » Elle ne s'applique pas aux droits pour lesquels l'exer» cice et la jouissance se confondent : mariage, testament, » adoption, reconnaissance d'enfants naturels.

» Ces principes rappelés, le nouvel art. 235 C. civ., » qui dispose que le juge, après avoir entendu le de» mandeur et lui avoir fait les observations qu'il croit con» venables, ordonne au bas de la requête que « les parties » » comparaîtront devant lui » vise-t-il au cas d'interdiction » légale, par ce mot « partie », l'époux interdit défendeur, » ou son tuteur ?

» Il est juridique de dire qu'il vise l'époux, et non le » tuteur, car il s'agit ici, pour l'époux interdit appelé à » faire valoir devant le juge, en conciliation, les raisons

» qui pourraient faire renoncer l'autre époux à son action,
» d'un droit pour lequel la distinction entre la jouissance
» et l'exercice est impossible, d'un droit, en un mot,
» exclusivement et absolument personnel. Comprendrait-
» on, en effet, le tuteur discutant à la place de l'époux
» interdit vis-à-vis de l'autre l'époux demandeur en di-
» vorce, la convenance, l'opportunité, la légitimité morale
» de l'action formée par ce dernier ? Sera-ce lui qui, avec
» quelque chance de succès, pourra faire appel aux sen-
» timents intimes de cet époux, invoquer les souvenirs du
» passé, le bonheur et l'affection des jours écoulés, les
» considérations morales et religieuses qui pourraient mi-
» liter en faveur du maintien de l'union conjugale, l'in-
» térêt des enfants, celui de l'époux lui-même ? Non, évi-
» demment. Pour donner au tuteur, contrairement aux
» principes consacrés, cette mission si intime, si délicate,
» si complètement en dehors de ses fonctions ordinai-
» res, il faudrait une disposition formelle de la loi. Elle
» n'existe pas. Il est vrai que ledit art. 235 permet au tu-
» teur de l'interdit légal de présenter une demande en di-
» vorce au nom de son pupille, mais il ne peut le faire
» qu'avec son assentiment ou son autorisation. N'y a-t-il
» pas dès lors une raison d'analogie pour décider que le
» législateur n'a point entendu déroger aux principes et
» que le tuteur ne peut, à lui seul, représenter l'interdit
» pour recevoir la citation en conciliation et y répondre,
» comme s'il était l'époux lui-même ?

» C'est en vain que, dans l'espèce, on fait valoir que le
» sieur C. étant interné à la Nouvelle-Calédonie, il ne
» peut pas comparaître en personne devant le magistrat.
» Il s'agit d'interpréter la loi sans se préoccuper de telle
» ou telle espèce déterminée. Au lieu d'être à la Nouvelle-

» Calédonie, l'interdit pourrait être détenu à Paris; sa
» peine pourrait avoir été subie, diminuée ou commuée
» par décision du chef de l'État. Sa comparution devant
» le juge serait possible alors. C'est dans la loi, dans la
» loi seule, qu'il faudrait trouver des raisons légitimes
» pour le dépouiller d'un droit essentiellement personnel,
» pour lui refuser de comparaître devant le juge, où l'ap-
» pelle le soin d'intérêts de l'ordre le plus élevé, ou son
» intervention personnelle est d'autant plus nécessaire
» que la loi ouvrant à son conjoint le droit au divorce,
» il n'y a que lui qui puisse utilement, par la persuasion
» et les supplications, l'amener à renoncer au bénéfice de
» la loi. Sans doute la stricte exécution de la loi de 1886
» conduira, dans certains cas, à des résultats regrettables;
» mais il n'appartient pas aux tribunaux de la refaire.

» L'art. 261 du Code civil a été abrogé sciemment et
» volontairement par le législateur de 1886; il a voulu
» que pour tous les divorces, quelle que fût la cause in-
» voquée, le préliminaire de conciliation eût lieu; il n'a
» formulé aucune disposition spéciale relativement à l'é-
» poux défendeur au divorce et légalement interdit.— Par
» cela même il s'en est référé aux principes du droit com-
» mun; il y a lieu de les appliquer. »

Si le tuteur se trouvait être le conjoint lui-même, c'est alors le subrogé tuteur qui agirait au nom de l'interdit. Colmar, 16 février 1832 ; Dalloz, Rep. V° *Sép. de corps*, n° 89 ; Paris, 21 août 1841 ; *Ibidem.* V° *Minorité*, n° 237. 3. Curet, *op. citat.* p. 70, Goirand, p. 60 ; Coulon, *Man.-form.* p. 102; Carpentier, p. 45; Vraye et Gode, p. 120; Poulle, p. 136 ; Depeiges, p. 17.

L'article 234, § 3, C. civ., doit il être suivi en matière de séparation de corps ? L'article 307, C. civ., ne renvoie

pas à l'article 234, § 3, mais ce silence de la loi ne saurait donner lieu à la moindre hésitation : à notre avis, il faut étendre à la séparation de corps la règle posée par l'article 234, § 3, en matière de divorce. Qui peut le plus doit pouvoir le moins. Le demandeur en divorce pouvant en tout état de cause transformer sa demande en divorce en demande en séparation de corps (art. 239, § 2, C. civ., modifié), si l'on refusait à l'interdit légal le droit de demander la séparation de corps, rien ne lui serait plus facile que de tourner la difficulté en demandant d'abord le divorce, conformément à l'article 234, § 3, puis en ayant recours à la conversion de l'article 239, § 2. Il suffit d'indiquer l'étrange résultat auquel on aboutit en adoptant une manière de voir différente, pour ne pas hésiter un seul instant sur la solution qu'il convient d'adopter en notre matière. *Sic.* De Folleville, Rev. Smets. 1889, p. 170.

Le dernier paragraphe du nouvel article 234 ne vise que l'hypothèse où l'époux qui veut demander le divorce est en état d'interdiction légale par suite d'une condamnation pénale, c'est-à-dire par application des articles 29. C. pénal et 2 de la loi du 31 mai 1854 portant abolition de la mort civile.

Il ne prévoit pas le cas où l'interdit judiciaire, c'est-à-dire celui qui a été interdit conformément à l'art. 489. C. civ., serait en droit de demander le divorce. Il ne peut exister aucun doute sur ce point.

D'une part, en effet, les premiers mots du § 3 de l'article 234 « En cas d'interdiction légale *résultant d'une condamnation* » s'appliquent bien uniquement à l'interdit légal par application des articles 29, C. pén., et 2 de la loi du 31 mai 1854. D'autre part, le projet voté en première délibération au Sénat contenait une disposition ainsi con-

que : « Le tuteur de la personne judiciairement interdite peut, avec l'autorisation du conseil de famille, présenter la requête à fin de divorce. » Cette disposition a été rejetée lors de la deuxième délibération sur la demande de M. Le Guen qui, lors de la discussion de l'article 307 a fait adopter un amendement qui est devenu le § 2 de cet article et qui est ainsi conçu: « Le tuteur de la personne, judiciairement interdite peut, avec l'autorisation du conseil de famille, présenter la requête et suivre l'instance à fin de séparation. »

Les termes mêmes du § 3 de l'article 234 et l'adoption de l'amendement de M. Le Guen tendant tout à la fois à la suppression dans cet article de la disposition relative à l'interdit judiciaire et à l'insertion dans l'article 307 d'une disposition analogue mais seulement en tant qu'il s'agit de la séparation de corps nous autorisent à affirmer que si le tuteur de l'interdit légal peut former l'action en divorce, celui de l'interdit judiciaire ne peut, même avec l'autorisation du conseil de famille, qu'introduire une action en séparation de corps. Coulon, *Man.-form.* p. 102; Carpentier, p. 48 ; Baudry-Lacantinerie, n° 30 ; Goirand, p. 37 ; Vraye et Gode, p. 120 et suiv. ; Frémont, n° 168. L'opinion contraire est soutenue dans les termes suivants :

« En ce qui concerne l'interdit judiciaire, l'article 307 § 2, C. civ., déclare que le tuteur de la personne judiciairement interdite peut, avec l'autorisation du conseil de famille, présenter la requête et suivre l'instance à fin de séparation. Quand il s'agit d'un interdit judiciaire, le tuteur, à la différence de ce qui existe en matière d'interdiction légale, doit demander et obtenir l'autorisation du conseil de famille : cette garantie est exigée dans l'intérêt

de l'interdit judiciaire. La règle posée par l'article 307, § 2, C. civ. doit-elle être étendue au divorce ?

En première délibération, le sénat avait adopté le texte suivant: « Le tuteur de la personne judiciairement interdite peut, avec l'autorisation du conseil de famille, présenter la requête à fin de divorce. » L'exposé des motifs disait, pour justifier cette innovation, qu'il fallait *laisser à la famille un moyen de sauvegarder l'honneur de l'interdit*, que des raisons puissantes exigeaient l'extension de la solution déjà admise pour la séparation de corps aux instances en divorce. Les mêmes arguments se trouvaient reproduits dans le rapport de la commission.

Or, par une singularité qu'un oubli seul peut expliquer, dans la suite, le texte d'abord voté disparut de l'article 234, sans qu'aucune raison ait été donnée pour expliquer ce revirement, et fut inséré dans l'article 307, C. civ., modifié et relatif à la séparation de corps.

Il nous paraît difficile, dit M. de Folleville. Rev. Smets 1889, p. 172, d'admettre que c'est intentionnellement que le texte primitivement voté a été supprimé, et que l'interdit judiciaire trouve dans la séparation de corps une protection suffisante, en présence des travaux préparatoires et des circonstances qui ont marqué la disparition du texte tout d'abord voté. A notre avis, il faut dire que la question reste entière en ce qui concerne le divorce, et il nous paraîtrait bien difficile de ne pas accorder à l'interdit judiciaire tout au moins le droit de demander le divorce dans un intervalle lucide. » *Sic,* Poulle, p. 136, et aussi une note de M. Poulle sous un arrêt de Bordeaux du 18 juillet 1888. Rev. Smets, 1889, p. 117.

Quid de l'interdit judiciaire dans ses intervalles lucides? La loi ne prévoit pas cette hypothèse. Nous pensons

avec M. Laurent, *Principes de droit civil*, t. IV, n° 216 et Willequet, *du Divorce*, p. 117, n° 3, que dans ses intervalles lucides, l'interdit judiciaire peut, avec l'assistance de son tuteur, introduire une action en divorce, laquelle pourra être suivie, s'il y a lieu, par le tuteur seul. M. Carpentier, p. 48, ne conçoit pas qu'on reconnaisse le droit d'action à l'interdit lui-même dans ses intervalles lucides; car il serait surprenant qu'il fût plus favorisé que l'interdit légal qui, jouissant de toutes ses facultés, a besoin cependant d'être représenté dans toutes les phases de la procédure par son tuteur.

En vain, ajoute-t-il, on objecterait que l'interdit légal manque d'une liberté de fait qui appartient, au contraire, à l'interdit judiciaire. On ne peut répondre, en effet, que le ministère d'un avoué eût suppléé d'une façon suffisante à ce défaut de liberté. Au surplus, sur ce point encore, l'action en divorce ne saurait être mieux traitée que l'action en séparation.

La loi n'a pas prévu le cas d'un aliéné placé ou non dans une maison de santé, mais qui ne serait pas interdit. Dans cette espèce, l'action en divorce n'appartiendrait ni à l'administrateur provisoire, ni au mandataire spécial, ni au curateur dont les fonctions sont déterminées par les articles 32, 33 et 38 de la loi du 30 juin 1838. Les droits de ceux-ci sont exclusifs de cette action. Elle reste à l'interdit seul que n'atteint aucune déchéance légale, mais son conjoint pourrait toujours l'arrêter par une question préjudicielle en provoquant l'interdiction. *Sic*, Vraye et Gode, p. 131 ; *Contra*, Frémont, n° 177. La loi est muette également pour le cas où l'un des époux est pourvu d'un conseil judiciaire, mais aucun doute ne peut exister, dans ce cas l'action lui appartient personnellement, et aux

termes de l'article 513 du Code civil, il ne peut l'exercer qu'avec l'assistance de son conseil judiciaire *Sic*, Coulon, *Man.-form.* p. 103; Vraye et Gode, p. 135; Botton et Lebon, *Code annoté du divorce*, p. 57 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 570; Lesenne, *Séparation de corps*, n° 119; Demolombe, *Minorité*, t. II, n° 724, Boileux, sur l'art. 513; Laurent, *Principes du droit civil*, t. V, n° 361 ; *Contra*, Carpentier, *Divorce*, n° 69, p. 127.

Il est certain que le commerçant failli peut intenter l'action en divorce ou en séparation de corps, puisqu'il n'est pas dessaisi des droits exclusivement attachés à sa personne, art. 443, Code com., et que d'autre part, conformément à ce que nous avons dit plus haut, le syndic de la faillite ne peut exercer l'action dont il s'agit comme représentant légal des créanciers. En ce qui concerne les questions relatives au divorce entre étrangers en France, nous renvoyons à notre tome V, où nous traiterons la situation des étrangers en France complètement.

Section II. — De la Compétence.

§ 1. *Compétence ratione loci et ratione personæ.*

On sait que, de droit commun, toute action personnelle est portée devant le tribunal du domicile du défendeur. Or, ici le défendeur est nécessairement l'un des époux qui tous les deux ont le même domicile, le domicile conjugal. Donc, tant que dure la cohabitation légale des deux con-

joints, c'est au domicile conjugal qu'un époux doit être assigné par son conjoint.

L'ancien article 234 du Code civil consacrait expressément cette solution : la loi du 20 avril 1886 a supprimé cette disposition, que l'on pouvait à bon droit considérer comme formulant sans grande utilité une application pure et simple de la règle, *actor sequitur forum rei. Sic*, Goirand, p. 69.

En principe, toutes les fois que le mari aura un domicile connu au jour de la demande et que la femme partagera légalement ce domicile, l'action devra être portée devant le tribunal dans l'arrondissement duquel il se trouve. Demolombe, t. IV, n° 447 ; Aubry et Rau, t. V, p. 190, n° 343; Laurent, t. III, n° 328; Baudry-Lacantinerie, n°s 38-39; Lesenne, n° 281 ; Poulle, p. 140 ; Coulon, *Man.-form.* p. 97 ; Frémont, n° 234 ; Goirand, p. 69 ; Vraye et Gode, sur l'art. 234, n° 5 ; Depeiges, n° 56 ; Carpentier, p. 54. Cependant si le débat est engagé au fond devant un tribunal autre que celui du domicile des parties, sans que la question de compétence ait été soulevée, elle ne pourra plus l'être. L'ordre public n'est pas intéressé, en effet, à ce qu'un tribunal, plutôt qu'un autre, connaisse des demandes en divorce.

Vainement dirait-on que les juges du domicile réel connaîtront mieux les parties puisque leur conviction ne doit se former que sur les preuves qui leur sont apportées. *Sic*, Vraye et Gode, p. 170 ; Frémont, n° 208.

Le texte de l'ancien article 234 indiquait que les demandes en divorce ne pouvaient être portées que devant les tribunaux.

Cette règle doit conserver son empire. Les demandes en divorce intéressent, en effet, l'ordre public et ne peu-

vent être jugées par des arbitrages dont la constitution suppose un compromis incompatible avec la nature du litige. Il est vrai que l'arbitrage est le moyen juridique primordial de terminer toutes les contestations et que les tribunaux ne sont qu'une institution sociale nécessitée par le désacord où se trouveraient le plus souvent les plaideurs sur la constitution d'arbitres. Mais les juges sont des arbitres forcés dans toutes les contestations qui intéressent l'ordre public. Les Tribunaux étant une institution sociale, leur ministère seul peut être employé dans les causes où l'intérêt social est engagé. *Sic*, Vraye et Gode, p. 171.

L'article 59, Code de procédure civile, appliqué depuis la loi de 1886 qui a fait rentrer le divorce dans le droit commun, est plus large que ne l'était l'article 234 du Code civil, ce dernier en effet ne parlait que du domicile proprement dit, l'article 59 attribue, au contraire, la compétence au tribunal de la résidence lorsqu'il n'y a pas de domicile connu. Il faut en conclure d'abord que faute par les époux d'avoir jamais eu un domicile en France, l'un quelconque d'entre eux pourra valablement porter son action devant le tribunal de la résidence de son conjoint. La loi française, ignore en effet, le domicile que les Français peuvent avoir à l'étranger, et bien que l'article 214 fasse un devoir à la femme d'habiter avec son mari, en quelque lieu que se trouve cette habitation, qu'elle soit par conséquent au lieu de son domicile ou au lieu de sa résidence, on peut dire que c'est la seule considération d'un domicile commun au sens propre du mot qui entraîne la règle de compétence tirée de la combinaison des articles 108, Code civil, et 59 Code de Procédure civile. *Sic*, Carpentier, p. 54.

Quid, si le mari avait eu à un moment donné un domi-

cile en France, et qu'il n'y eût plus au moment où l'action va être introduite, qu'une résidence ?

En pareil cas, c'est au tribunal du dernier domicile qu'il faudra porter la demande, sauf à la porter devant le tribunal du domicile qu'avaient les époux au jour de leur mariage, si depuis cette époque on ne peut trouver aucune trace d'un changement de domicile opéré conformément à la loi, mais seulement une succession de résidences plus ou moins fugitives, plus ou moins durables. *Sic*, Carpentier, p. 55.

Le défendeur pourra donc, pourvu qu'il le fasse en temps opportun, opposer utilement l'incompétence, soit parce qu'on l'aura assigné devant le tribunal de sa résidence et qu'il aurait dû l'être devant celui de son domicile, soit parce qu'il soutiendra qu'il a changé de domicile et qu'on aurait dû le citer devant le tribunal, non de son ancien, mais de son nouveau domicile. Seulement, comme il s'agit de l'application de l'incompétence *ratione personæ*, le défendeur pourra renoncer à se prévaloir de cette règle écrite en sa faveur, et les tribunaux n'auront pas le droit de l'opposer d'office.

Il n'y a guère qu'un cas où le tribunal compétent pourra être le tribunal du lieu de la résidence du demandeur, c'est le cas où la femme ayant été abandonnée par son mari et voulant former contre lui une action en divorce, celui-ci aura rempli à la mairie de son dernier domicile les formalités prescrites par l'article 104 du Code civil, ou témoigné au moins manifestement de son intention de transporter ailleurs son principal établissement et disparu ensuite sans laisser la moindre indication sur le lieu de sa nouvelle habitation ; dans cette hypothèse, il faudra autoriser la femme à porter son action devant le tribunal de

sa résidence, car il ne saurait appartenir au mari, en dissimulant son domicile, de rendre impossible le divorce. *Sic*, Carpentier, p. 57.

Il faut aller encore plus loin à notre avis et autoriser la femme à saisir le tribunal de sa nouvelle résidence, si elle en a changé elle-même depuis le départ de son mari. Il serait très rigoureux, en effet, d'exiger que la femme demeurât au lieu que son mari a quitté ; et il serait déraisonnable, d'autre part, que, l'admettant à s'en écarter, on l'astreignît à y porter une action qui ne lui offrirait désormais aucune garantie spéciale, et ne serait pour elle qu'une occasion de dépenses et d'embarras. Etant bien entendu que cette solution ne pourra se présenter que lorsque le mari aura manifestement témoigné avant son départ de son intention de transporter ailleurs son principal établissement.

Du principe que le seul tribunal compétent pour connaître de la demande de divorce généralement est le tribunal de l'arrondissement dans lequel est situé le domicile du mari au jour où la demande est introduite, résultent deux conséquences.

1° Le Tribunal est compétent, quelque récente que soit la date de l'établissement du domicile du mari dans son ressort et alors même que cet établissement n'aurait précédé que de quelques jours l'ouverture des débats.

2° Le Tribunal reste compétent, nonobstant tout déplacement postérieur de ce domicile. (*Sic*, Coulon, *Man.-form.* p. 98; Carpentier, p. 58; Depeiges, n° 57; Baudry-Lacantinerie, p. 28; Vraye et Gode sur l'art. 234, n° 7.

Si le mari défendeur était passé à l'étranger, dès avant la demande, pour échapper aux conséquences d'une condamnation pénale, la femme n'en a pas moins le droit de

s'adresser au Tribunal du dernier domicile commun, car le mari, en pareil cas, est censé n'avoir pris qu'une résidence à l'étranger. Il en serait autrement si l'installation du mari hors de France avait toute autre cause. Vraye et Gode, p. 175.

C'est devant le tribunal du domicile du mari que doit être portée la demande formée par celui-ci contre sa femme en service chez des tiers. L'article 109 du Code civil, dispose, il est vrai, que les domestiques ont un domicile légal chez leurs maîtres, mais cela n'est vrai que pour l'homme et la fille majeure ; l'article 109 laisse intacte la règle de l'article 108 qui donne à la femme comme domicile légal celui de son mari. C'est chez son mari que la femme a son domicile légal, c'est là qu'elle est tenue d'habiter ; elle n'a chez ses maîtres qu'une résidence dans laquelle le mari l'autorise à demeurer. Vraye et Gode, p. 177.

Le Tribunal compétent pour connaître de la demande en divorce, lorsque l'un des époux est interdit légalement ou judiciairement est encore le tribunal du domicile du mari. Si c'est lui qui est interdit, le domicile sera celui de son tuteur, art. 108 du Code civil.

L'instance engagée, il est évident que le changement de domicile du mari ne change pas la compétence et que le Tribunal reste saisi. Mais à quel moment l'instance est-elle engagée? Est-elle liée par la requête présentée au juge conciliateur, ou ne l'est-elle, au contraire, que par la demande proprement dite, c'est-à-dire par l'assignation devant le Tribunal ?

La question qui, sous l'empire de la loi du 27 juillet 1884, n'avait pour ainsi dire d'autre intérêt que de trancher la difficulté qui nous occupe, présente actuellement

une importance bien plus considérable, puisqu'aux termes du nouvel article 252 Code civil, les effets du jugement dûment transcrit remontent au jour de la demande.

D'une façon générale nous croyons qu'on peut répondre que la demande en divorce doit être considérée comme introduite le jour même où la requête est remise entre les mains du président, « parce que, c'est en sa qualité de » membre du tribunal que le président reçoit cette requête ; » qu'elle doit être présentée (ou rédigée) par un avoué ; » qu'elle doit contenir l'exposé des faits sur lesquels la de- » mande est fondée et être accompagnée des pièces à l'appui, » qu'elle constitue par là même le premier acte de l'ins- » tance soumise à la juridiction de ce tribunal ;.... qu'on » doit d'autant mieux le décider ainsi que ce magistrat ne » remplit pas seulement l'office de conciliateur, qu'il rem- » plit en même temps celui de juge ; que lorsqu'il ne par- » vient pas à rapprocher les époux, il statue sur la remise » en ses mains des effets à son usage journalier ; qu'il rend » par conséquent des ordonnances qui lient complètement » l'instance. » Cass. 8 décembre 1880, S. 82, 1. 103.

Ces raisons qui, dès avant la loi de 1886, avaient paru décisives, tant en matière de séparation de corps qu'en matière de divorce, nous semblent aujourd'hui d'autant plus convaincantes, que les pouvoirs du président ont encore été étendus par cette loi, et que la distinction qu'on aurait pu être tenté d'établir autrefois entre ces deux actions, au point de vue de la rédaction de la requête, a perdu toute raison d'être, depuis qu'il a été reconnu, que même en matière de divorce, cet acte doit être l'œuvre exclusive de l'avoué. *Sic*, Carpentier, p. 59 ; Vraye et Gode, p. 133 et suiv.

Il y a là, évidemment, une dérogation au droit commun,

d'après lequel les actions civiles ordinaires doivent être intentées devant le tribunal dans le ressort duquel se trouve le domicile du défendeur, à la date de l'exploit introductif d'instance, quel que soit son domicile lors de la citation en conciliation. Cette dérogation se justifie par le caractère de la requête présentée au président. Cette requête est en effet le premier acte de procédure. Bien qu'elle puisse aboutir au même résultat que la citation en conciliation en matière ordinaire, elle a néanmoins, en général, une tout autre portée, celle de faire fixer à la femme une résidence provisoire; elle lie donc l'instance, et pour employer le langage même de la Cour de cassation « elle constitue le pourvoi soumis à la juridiction du Tribunal; » elle équivaut presque à une séparation provisoire, dès que la femme a été autorisée à avoir une résidence distincte.

Il convient, au surplus, de ne pas confondre la tentative de conciliation en matière ordinaire qui a lieu devant un tribunal autre que celui qui est appelé à connaître du fond avec la procédure préliminaire antérieure à la citation en séparation de corps ou en divorce, car dans cette dernière procédure on s'adresse réellement au Tribunal dans la personne de son président qui en fait partie intégrante, non seulement en vue d'un essai de conciliation, mais encore dans le but d'obtenir de lui les différentes mesures provisoires sur lesquelles l'article 238 l'autorise à statuer.

L'instance est donc liée désormais, et cela est si vrai, que l'article 238 autorise le Tribunal saisi par la citation à modifier les mesures provisoires prescrites par le président.

On ne comprendrait pas dès lors qu'un autre tribunal fût

appelé à modifier les décisions de ce magistrat. Avant l'abrogation de l'article 878 du Code de Procédure civile on arguait des termes, « le président les renvoie à se pourvoir » dont se servait l'article, pour dire que le législateur n'entendait pas régler la question de compétence qu'il laissait soumise aux règles du droit commun. L'abrogation de l'article 878 du Code de procédure fait tomber cet argument, aux dispositions de cet article, la loi de 1886 a fait succéder un droit nouveau dont les règles sont écrites dans l'article 238 Code civil qui ne reproduit pas les termes de l'article 878 code de procédure civile. *Sic*, Vraye et Gode, p. 180 et 181 ; Demolombe, *Mariage*, t. II, n° 447, p. 526 ; Massé et Vergé, t. I, § 155, p. 278, note 2; Chauveau sur Carré, t. I, p. 283, *quest.* 234 et t. VI, n° 296 *bis*; Dalloz, Rép. V° *Péremption*, n° 113 ; Bioche, *Dict. de Proc.* V° *Séparation de corps*, n° 30; Paris, 1re Ch. 5 août 1886. *Pandectes françaises*, 1. 2. 288. Cass. 8 déc. 1880. S., 82. 1. 103 ; Trib. Nice , 26 juin 1882, *Rec. de la jurisp. franc. et belge*, etc..., II, 1888, p. 168: Paris, 5 février 1889, *Gaz. Pal.* 89. 1. 347. Coulon, *le Divorce et la Séparation*, t. III, art. 234. *Contra* : Le Senne, *Séparation*, nos 82 et suiv. ; Massol, *Séparation*, p. 128 et 130 ; Rauter, *Cours de Proc. civ.* § 345. note a. Trib. Seine, 30 janvier 1886, *Gaz. Pal.*, 86. 1. 442 ; *Loi* du 12 février 1886. Trib. Fontainebleau, 3 nov. 1887, *Rec. de la jurisp. franç. et belg*, etc., t. II, 1888, p. 171 et la note ; Trib. Seine, 1er août 1888, *Rec. de la jurisp. franc. et belge, ibidem*, p. 256 et la note ; *Loi* du 11 nov. 1888 ; *Gaz. Pal.*, 1888, 2. 264 ; Trib. Lyon, 7 mars 1889, *Loi* des 29-30 juillet 1889 ; *Gaz. Pal.* du 3 juillet 1889, V. Coulon, *Le divorce et la séparation*, t. III, art. 234 ; de Folleville. Rev. Smets, 1889, p. 180.

Il résulte de tout ce que nous venons de dire que dans aucun cas,le défendeur ayant fait défaut, le juge ne pourrait d'office opposer un déclinatoire d'incompétence contre la demande formée devant lui.

Mais s'il paraît exact d'admettre en principe, que c'est dans la requête introductive d'instance qu'il convient de placer le point de départ véritable de l'action en divorce, on conçoit qu'on se montre plus circonspect, lorsqu'il s'agit d'appliquer cette règle plutôt à la compétence du Tribunal qu'à la rétroactivité des effets du jugement. En faisant remonter aussi loin que possible les conséquences de la décision judiciaire, on est bien sûr, en effet, de ne pas aller à l'encontre d'une mesure qui ne paraît avoir été inspirée au législateur que par des motifs d'ordre général. On risquerait au contraire de fausser une prescription qui n'a été évidemment formulée que dans l'intérêt exclusif du défendeur, si on permettait au demandeur par une attaque précipitée, de soustraire son adversaire à ses juges naturels.

Aussi, est-ce avec raison que la doctrine et la jurisprudence, tout en proclamant que la requête constitue le premier acte de l'action en divorce, ne déclarent le défendeur déchu du droit de soulever l'incompétence qu'autant qu'il est établi, ou tout au moins présumable, qu'il a connu l'action dirigée contre lui. *Sic*, Carpentier, p. 60. Si l'on conçoit, en effet, que le moment fixé par l'article 238, puisse être considéré comme la limite extrême du droit de soulever l'exception d'incompétence, lorsque le défendeur comparaît effectivement sans faire aucune protestation, ni réserve, on ne comprendrait pas qu'il en fût de même si le défendeur s'abstenait de comparaître, et surtout si ce défaut de comparution ne pouvait lui être imputable, par exemple, parce qu'il n'aurait pas été

touché par la citation. On invoquerait en vain les précautions nouvelles que prend la loi de 1886, pour assurer la remise exacte de cette citation. Elles n'établissent qu'une simple présomption qui peut se trouver démentie. *Sic*, Carpentier, p. 62 ; Goirand, p. 46 ; Frémont, n° 208, p. 121 ; Coulon, *Man-form.* p. 98 ; Comparer aussi : Depeiges, n° 57 ; Curet, p. 111 et suiv.

§ 2. *Compétence ratione materiæ.*

Les deux articles qui réglaient les rapports des tribunaux civils et des tribunaux de répression sous l'empire de la loi du 27 juillet 1884, étaient les articles 234 et 235 ainsi conçus : Article 234. « La demande en divorce ne pourra être formée qu'au tribunal de l'arrondissement dans lequel les époux auront leur domicile ». Article 235 : « Si quelques-uns des faits allégués par l'époux demandeur donnent lieu à une poursuite criminelle de la part du ministère public, l'action en divorce restera suspendue jusqu'après la décision de la juridiction répressive : alors elle pourra être reprise sans qu'il soit permis d'inférer de cette décision aucune fin de non-recevoir ou exception préjudicielle contre l'époux demandeur. » Ces deux articles ont été abrogés par la loi de 1886, et rien dans les travaux préparatoires ne vient donner une explication au sujet de ce changement.

Malgré cette absence de renseignements, la règle de compétence de notre droit qui déclare que le criminel tient le civil en état, doit toujours être respectée en matière de divorce. Donc, en vertu du principe « le criminel tient le civil en état », si une question, posée devant le tribunal civil, exige la vérification d'un fait déjà déféré à

la juridiction répressive, la juridiction civile doit surseoir à l'examen de l'affaire jusqu'à ce que la juridiction répressive ait statué. Toutefois, dit M. Goirand, p. 79, l'instance en divorce n'est suspendue que par une poursuite pouvant amener une condamnation à une peine afflictive ou infamante. Tel est aussi l'avis de M. Carpentier qui s'exprime en ces termes sur cette question, p. 52 et suiv. : Il ne faut pas perdre de vue que l'article 3, du Code d'instruction criminelle applicable ici, ne renferme pas autre chose que le principe d'une question préjudicielle au jugement et non par conséquent celui d'une question préjudicielle à l'action.

L'article 235 ne parlait que de poursuite criminelle tandis que l'article 3 est beaucoup plus général, de telle sorte qu'on pourrait se demander si ce n'est pas seulement aujourd'hui en cas d'action de nature à aboutir à une peine criminelle, mais même en cas de poursuite de nature à n'entraîner qu'une peine correctionnelle, qu'il devrait être sursis à statuer. Nous avons admis, autrefois pour notre part, qu'un pareil effet ne devait pas être attaché à ces dernières poursuites; tandis que l'opinion contraire était soutenue par d'excellents auteurs (Baudry-Lacantinerie, n° 43). Mais ce n'est pas le texte qui nous avait décidé à admettre cette opinion : c'est l'esprit même de la loi qui était d'éviter une contrariété de décisions qui ne pouvait se poser qu'en cas de condamnation à une peine afflictive et infamante. Nous ne pouvons donc que persévérer dans notre doctrine.

Nous ne dénions toutefois, l'effet suspensif tiré de l'article 3 du Code d'instruction criminelle, qu'aux poursuites correctionnelles basées sur des excès, sévices ou injures graves; nous serions, au contraire, très porté à reconnaî-

tre cet effet aux poursuites correctionnelles d'adultère; car l'adultère est aussi une cause péremptoire de divorce, et cet article 3 du Code d'instruction criminelle, ne s'explique guère que par l'autorité de la chose jugée du criminel sur le civil. Mais toutes ces solutions peuvent être très controversées.

L'application du principe « le criminel tient le civil en état » peut se présenter dans deux cas.

En effet, ou l'époux défendeur poursuivi pénalement est condamné par le tribunal répressif, ou il est acquitté. Quelle influence le jugement peut-il avoir sur la solution du procès en divorce ?

Dans le premier cas, si la condamnation est afflictive et infamante, elle est une cause de divorce et alors le tribunal civil n'aura qu'à le prononcer, sans apprécier la culpabilité de l'époux.

Dans le deuxième cas au contraire, il pourra arriver que les faits, qui n'ont pas paru mériter une peine, semblent au tribunal civil assez graves pour motiver le divorce. La juridiction civile aura donc, après que la juridiction criminelle se sera dessaisie, pleine liberté d'appréciation, ou comme le disait l'art. 235 : « l'action en divorce sera reprise, sans qu'il soit permis d'inférer de la décision de la juridiction répressive, aucune fin de non-recevoir ou exception préjudicielle contre l'époux demandeur. » Il y a toutefois une hypothèse qui ne semblait pas avoir été réglée par la loi : c'est celle où l'époux défendeur a été condamné à une peine non afflictive, mais infamante.

Le tribunal civil, en ce cas, nous paraît compétent pour apprécier, non pas la réalité des faits constatés au criminel, car cette réalité est désormais indiscutable, mais le compte

qu'il convient d'en tenir, relativement au bien fondé de la demande en divorce. La rédaction de l'article 235, tel qu'il était conçu daus le code de 1804, ne permettait pas d'examiner cette dernière espèce. En effet, cet article s'occupait d'une poursuite intentée devant la Cour d'assises, c'est-à-dire d'une poursuite qui peut donner lieu à une condamnation à une peine afflictive et infamante ; or ces condamnations étaient à elles seules des causes suffisantes de divorce ; aujourd'hui nous pouvons, sans craindre d'aller contre l'esprit de la loi de 1884, assimiler notre hypothèse à celle que nous venons d'examiner, c'est-à- dire à l'hypothèse où la juridiction répressive a rendu une décision d'acquittement : le tribunal ici encore appréciera.

La règle ci-dessus formulée n'est applicable qu'aux faits allégués par l'époux demandeur contre l'époux défendeur. Par suite elle ne saurait recevoir d'application dans le cas, par exemple, où c'est l'un des témoins produits à l'instance qui est de la part de l'époux défendeur l'objet d'une action criminelle pour faux témoignage. *Sic*, Goirand, p. 79 et suiv.

Sous l'empire de la loi nouvelle comme sous l'empire de la loi du 27 juillet 1884, nous croyons qu'il n'y a aucune distinction à faire au point de vue qui nous occupe entre les différentes juridictions saisies de l'action criminelle, que ces juridictions soient des tribunaux de droit commun ou des tribunaux d'exception. *Sic*, Carpentier, p. 53.

Section III. — De la Procédure proprement dite.

Le Code civil et, après lui, la loi du 27 juillet 1884 avait établi pour le divorce une procédure spéciale, art. 234 et

suiv., longue et compliquée. L'idée dominante du législateur avait été de créer des obstacles, de faire marcher lentement la procédure, d'exiger toujours la présence du demandeur dans le but de décourager les parties. Or au lendemain même du vote de la loi du 27 juillet 1884, on n'a pas tardé à se rendre compte que cette procédure, compliquée à l'excès dans un but très louable, était cependant remplie d'inconvénients tels, qu'elle aboutissait, dans certains cas, à la négation même du droit de divorcer. Les plaideurs devaient, en effet, sous l'empire de la loi de 1884, se présenter deux fois devant le Président, et ce n'était qu'après cette double comparution que le demandeur pouvait obtenir du tribunal une première décision l'autorisant à citer. Puis, à partir de la citation, le tribunal n'avait pas moins de trois jugements à rendre : jugement admettant la demande en divorce (après le rejet des fins de non recevoir), jugement ordonnant une enquête, jugement définitif. L'enquête devait avoir lieu à l'audience, et ce n'était pas là une des moindres causes de difficultés nombreuses dans la pratique. Il en résultait des dépenses excessives pour les plaideurs, et, dans certains tribunaux, le personnel n'arrivait plus à suffire à l'expédition des affaires. *Exposé des motifs du projet de loi de* 1886. Poulle, p. 130.

Une réforme était nécessaire ; elle a été réalisée par la loi du 18 avril 1886. Dégager la procédure d'embarras inutiles et diminuer ainsi les charges des plaideurs, simplifier des formes, qui sans profit réel pour la justice, dérobent aux magistrats un temps précieux, et cela tout en maintenant les garanties essentielles dont le Code civil avait entouré le divorce, tel a été l'objet de la loi de 1886.

Une question principale absolument controversée domi-

nait l'ancien droit en matière de divorce; toutes les règles du droit commun, omises par le Code civil, devaient-elles, à raison même de leur omission, ne point s'appliquer à la matière ? ou bien fallait-il admettre au contraire, que le droit commun n'étant nulle part explicitement abrogé, les dispositions du Code civil avaient eu seulement pour but de le modifier à certains égards, en le laissant subsister à tous les autres ?

La loi de 1886 a supprimé la controverse en tranchant la question.

Les articles 234 et suivants organisent une procédure spéciale relativement à l'introduction de la requête à fin de divorce, relativement à la tentative de conciliation devant le président et aux mesures provisoires que peut ordonner ce magistrat ; il en est de même en ce qui concerne les mesures provisoires, la signification et la publicité des jugements par défaut, etc., etc ....

Mais en ce qui touche tous les points non réglementés par ces différents articles, l'article 239 Code civil, dans sa rédaction nouvelle, s'en réfère formellement à la procédure ordinaire, c'est-à-dire au Code de procédure civile. L'article 239 est en effet ainsi conçu : « La cause est instruite et jugée dans la forme ordinaire, le ministère public entendu. » La référence au droit commun, en matière de procédure, est ici formellement exprimée : de ce texte découle donc nécessairement cette conséquence que les dispositions du droit commun reprennent leur empire sur tous les points où la procédure du divorce n'a pas été spécialement réglementée par le Code civil. Goirand, p. 84.

Il y a donc à faire une double remarque importante comme résultat principal de la réforme.

1° Dans l'esprit du législateur se trouve cette idée géné-

rale à savoir que les dispositions du Code de procédure doivent être étendues à la matière du divorce sur tous les points où le Code civil n'a point lui-même réglé la procédure. Enfin, le Code de procédure doit être considéré comme une loi générale; le chapitre du Code civil, qui traite de la procédure du divorce, est au contraire une loi spéciale. Il y a lieu, dès lors, de s'en tenir à ce principe du droit commun, qu'une loi générale est applicable en tous les points par lesquels elle ne contredit pas la loi spéciale. Willequet, *du Divorce*, p. 133, n. 2.

2° L'ancien article 248 du Code civil exigeait la présence de l'époux demandeur à tous les actes de la procédure, la disposition de l'article 248 a été supprimée. Obliger le demandeur à comparaître à toutes les audiences, même à celles où l'affaire n'est appelée que pour la forme, c'était lui occasionner un dérangement et des frais sans utilité pour personne. La comparution du demandeur avait encore un autre inconvénient, celui d'obliger les plaideurs à entendre des attaques quelquefois très vives auxquelles ils ne pouvaient répondre ; les personnes qui suivent les audiences ont été témoins de scènes de violence et de faits déplorables qui se sont passés pendant ou après les audiences. La suppression de cette disposition est donc absolument justifiée. Rapport de M. Labiche au Sénat, V. Coulon, *Le div. et la sép.* t. II, p. 233. Curet, *op. citat.* p. 92.

§ 1. *De la Procédure devant le Président.*

Comme sous l'empire de la loi du 27 juillet 1884, le premier acte de la procédure en divorce est une requête adressée par le demandeur au président du tribunal civil compétent ou au juge qui en fait fonction. L'exposé des

motifs de la loi de 1886 justifie ainsi le maintien de cette dérogation au principe en vertu duquel toute demande doit être assujettie à un préliminaire de conciliation devant le juge de paix « une demande tentée à la légère, une demande introduite sous le coup de désaccords passagers, sous le ressentiment d'une injure que le temps doit affaiblir, n'en détruira pas moins l'union des deux époux. Il est donc nécessaire de prendre des précautions pour qu'une instance en divorce ne puisse être entreprise sans que le demandeur ait le temps de mûrement réfléchir sur les conséquences de son action, et sur la gravité des causes qu'il veut invoquer. A cet effet, le projet établit ou plutôt maintient une sorte de préliminaire de conciliation tenté par le président du tribunal, c'est pour ainsi dire, une conciliation à deux degrés; dans le premier, le demandeur seul se présente devant le juge et déjà il lui sera adressé des observations qui pourront parfois l'amener à renoncer à son action. Lors de la seconde épreuve, les deux parties sont présentes ou au moins doivent être convoquées. Si dans quelques tribunaux, surchargés d'affaires, dans les grandes villes, où le magistrat et les parties seront souvent inconnus les uns des autres, on ne doit point fonder trop d'espérance sur ces essais de rapprochement, on ne saurait méconnaître que bien souvent le juge exercera son autorité légitime, son influence personnelle sur les parties pour arrêter l'action dès sa naissance. Il suffit que cet espoir puisse se réaliser parfois, pour qu'on maintienne une formalité qui ne doit entraîner ni frais, ni perte de temps appréciable. »

Pendant toute cette première phase de la procédure du divorce, le demandeur en divorce est en principe tenu de comparaître en personne. Avant de permettre l'engagement définitif de la lutte, le législateur a voulu faciliter

la conciliation des parties : il a cru que le meilleur moyen de rendre un rapprochement possible, était d'obliger les parties à venir elles-mêmes écouter les exhortations bienveillantes du président.

La loi ne dit pas si la requête doit être signée par un avoué, mais l'exposé des motifs et le rapport de M. Labiche ne laissent aucun doute sur ce point. « Il n'a pas paru nécessaire, dit l'exposé des motifs, de dire formellement que la requête présentée au président devrait nécessairement avoir été rédigée par un avoué. C'est là une règle générale, et il y a d'autant moins de raison de s'en écarter, dans l'espèce, qu'il est nécessaire, pour que les représentations du président portent tout leur effet, que les motifs de la demande soient nettement exposés. » — « Le projet de loi ne porte pas, dit M. Labiche dans son rapport, que la requête devra être rédigée par un avoué. Il n'a pas paru nécessaire de le dire. C'est là, en effet, une règle générale constamment observée. M. le garde des sceaux le rappelle avec raison dans l'exposé des motifs. Est-il besoin d'ajouter que ce concours de l'avoué n'est pas seulement utile, mais nécessaire ? Il garantit l'identité du demandeur, le caractère sérieux de la demande, la rédaction convenable de la requête, ce qui a le plus grand intérêt pour les parties elles-mêmes, surtout dans des affaires souvent si délicates. » Coulon. *Man-form*, p. 100 ; Goirand, p. 110 ; Curet, p. 95 ; Depeiges, p. 37 ; Vraye et Gode, p. 194 ; Frémont, p. 129 ; Zwendelaar, *Code form. du Divorce*, p. 29 ; Poulle, p. 141 ; Carpentier, p. 63.

La signature du demandeur est absolument facultative, Depeiges, p. 59, au moins lorsque cette partie sera capable : la nécessité où elle se trouve alors de présenter personnellement sa demande au président, suffit, et au delà, à

expliquer son adhésion. Carpentier, p. 64. Quant à l'hypothèse d'une incapacité du demandeur, elle appelle des développements spéciaux que l'on trouvera plus loin.

Le demandeur, ainsi que nous l'avons déjà dit, doit présenter sa requête en personne au tribunal ou au juge qui en remplit les fonctions. L'ancien article 236 ne contenait de dispense que pour le cas de maladie ; en outre, ce texte indiquait comment le demandeur devait justifier que son état de santé ne lui permettait pas de se rendre devant ce magistrat. La nouvelle loi est moins absolue. « Il n'a pas paru utile, dit l'exposé des motifs, d'indiquer dans quel cas le juge admettrait que les parties sont dans l'impossibilité de se rendre près de lui, ni quelles justifications devraient être exigées. » En cas d'empêchement dûment constaté, le président se transporte, assisté de son greffier, au domicile de l'époux demandeur pour y recevoir la requête. Cette disposition suppose naturellement que le demandeur se trouve dans l'arrondissement du tribunal. S'il en était autrement, une grave difficulté naîtrait, car le juge ne peut se transporter en dehors du ressort de son tribunal et aucun texte de la loi ne donne au président le droit de décerner une commission rogatoire pour recevoir la requête. Il est donc certain que le demandeur ne pourrait déposer dans ce cas sa requête en divorce, s'il ne se trouvait pas au moins sur le territoire de l'arrondissement du tribunal, afin que le magistrat puisse se transporter auprès de lui. Depeiges, p. 37 ; Coulon, *Man.-form.* p. 101 ; Carpentier, 69 et suiv. ; Curet, p. 94 et suiv. ; Goirand, p. 110 ; Vraye et Gode, p. 197 et suivantes, qui sont cependant d'un avis contraire au nôtre en ce qui concerne le droit du président de décerner une commission rogatoire.

Lorsque les parties elles-mêmes semblaient avoir le droit

de rédiger leur demande, il était permis de rechercher quelle serait la valeur d'une requête adressée non pas au président du tribunal, mais au tribunal tout entier. Aujourd'hui une pareille question n'a guère qu'un intérêt purement théorique, car il est évident qu'en pratique les requêtes seront toujours adressées par les avoués au président du tribunal. Dans les hypothèses fort rares où il en serait autrement, il nous paraît certain qu'il n'y aurait pas là une cause de nullité. *Sic.* Carpentier, p. 64 ; Depeiges, p. 38 ; Bruxelles, 26 mars 1881, *Pas.* 1881. 3, 184 ; Goirand, p. 111 ; Liège, 31 mai 1865, *Pas.* 1865. 2. 231 ; Vraye et Gode, p. 195 ; Laurent, t. III, nº 224, p. 268.

L'ancien article 236 obligeait le demandeur à détailler dans la requête les faits qu'il alléguait ; l'article 234 ne dit rien de pareil. Ce silence est de nature à causer quelque embarras. Que devra donc contenir la requête ? Suffira-t-il de cette simple énonciation que l'on entend réclamer le divorce ?

Faudra-t-il au contraire, appliquer par voie d'analogie l'article 875 du Code de procédure, d'après lequel la requête à fin de séparation de corps doit contenir l'exposé sommaire des faits ? Ou bien, enfin, la requête devra-t-elle détailler les faits allégués comme l'exigeait la loi antérieure ? Si l'on se reporte à l'esprit de la loi, il est clair que la requête devrait contenir au moins un exposé sommaire des faits ; car si cet exposé est exigé en matière de séparation de corps, a *fortiori* doit-il en être de même en matière de divorce. Cela paraît au moins utile sinon nécessaire pour mettre le magistrat à même de connaître suffisamment l'affaire, avant, soit de faire ses observations au demandeur, art. 235 c. civ., soit d'engager les époux à la réconciliation, art. 238 c. civ. Cependant, on peut

dire que le président appelé à entendre le demandeur au moment de la présentation de la requête et les parties à l'audience de conciliation sera mis au courant de l'affaire par les explications qui seront données. Tout l'intérêt de la question consiste à savoir si la requête qui ne détaillera pas les faits ou n'en contiendra pas un exposé sommaire sera déclarée nulle. Nous ne comprendrions pas que la nullité en puisse être prononcée. Les nullités sont de droit étroit et aucune nullité ne peut être encourue faute d'avoir omis ce que la loi n'a pas prescrit. Vraye et Gode, p. 193; Coulon. *Man. form.* p. 101; Goirand, p. 108 et suiv.; Carpentier, p. 64 et suiv.; Depeiges, p. 38; Curet, p. 96; Poulle, p. 111.

Antérieurement à la loi de 1886, c'était une question controversée aussi bien en matière de séparation de corps qu'en matière de divorce, que de savoir si les faits mentionnés ou détaillés dans la requête n'étaient pas les seuls sur lesquels pût rouler l'instance en divorce. Cette question ne se pose plus aujourd'hui, puisque le demandeur n'est pas obligé de détailler les faits dans sa requête. Nous pensons donc qu'au cours de l'instance, il pourra invoquer soit des faits antérieurs à sa requête et non énumérés dans celle-ci, soit, à plus forte raison, des faits nouveaux. Vraye et Gode, p. 194, et tous les auteurs cités plus haut.

L'article 234 dit que la requête doit être remise au président ou au juge qui en fera fonction : faut-il entendre par là que le président pourrait faire de ces sortes d'affaires l'objet d'une délégation spéciale et permanente à un juge déterminé? Non ; mais seulement que le juge qui, pendant son absence, ou pendant une vacance de la présidence, remplira ces fonctions, recueillera cette mission avec toutes les autres. Cependant le juge qui n'agit en somme que

comme faisant fonction de président pourrait, sans qu'il en résultât aucune nullité, dire dans l'ordonnance prévue par l'article 235 que les parties comparaîtront non pas devant lui, mais devant le président du tribunal. Carpentier, p. 72. Vraye et Gode, p. 197.

Lorsque le demandeur est interdit légalement, c'est au tuteur qu'il appartient de présenter la requête. L'article 234 ne laisse aucun doute sur ce point. Le tuteur est tenu de présenter la requête en personne bien que le texte ne le dise pas expressément. Il faut décider de même que le tuteur de l'interdit judiciaire, encore bien que l'article 234 ne parle que du tuteur de l'interdit légal, puisque le tuteur de l'interdit judiciaire a comme le tuteur de l'interdit légal, l'exercice de l'action. On sait que le demandeur pourvu d'un conseil judiciaire doit être assisté de celui-ci pour intenter sa demande. Il doit donc être assisté de son conseil pour présenter sa requête au président. Mais l'assistance se bornera à une simple autorisation donnée dans la requête sans que le conseil judiciaire soit tenu de se présenter en personne devant le président. La loi n'exige, en effet, que la présence du demandeur. Vraye et Gode, p. 201 et suiv.; Carpentier, p. 73 et suiv.; Coulon. *Man.-form.* p. 101 et suiv.

Les époux pouvant agir par voie d'action principale et directe quand il existe une des causes déterminées de divorce, peuvent également agir par voie de demande reconventionnelle introduite par un simple acte de conclusions, le § 3 du nouvel article 239 du Code civil le dit expressément.

Nous nous expliquerons d'ailleurs sur ce point un peu plus loin.

« Le juge, dit l'article 235, après avoir entendu le de-

mandeur et lui avoir fait les observations qu'il croit convenable, ordonne au bas de la requête que les parties comparaîtront devant lui au jour et à l'heure qu'il indique, et commet un huissier pour notifier la citation. »

L'article 235 vise la première ordonnance qui doit intervenir en bas de la requête. Cette première ordonnance n'est pas seulement une chose de forme: le juge doit entendre le demandeur et lui faire des observations. Le demandeur se présente seul et sans l'assistance d'aucun conseil, ainsi que nous l'avons dit, devant le président ou le juge commis; le magistrat l'entend dans ses explications et lui fait ensuite les observations qu'il juge convenable.

Ces observations peuvent porter : sur le mérite de la demande au point de vue judirique ou au point de vue moral. La plus grande latitude est laissée sur ce point au magistrat qui a le devoir d'éteindre, s'il est possible, le procès « *ab ovo* ». Le législateur veut qu'il fasse dès les premières formalités de la procédure, une tentative de conciliation près du demandeur, avant même la comparution des parties.

Le divorce étant un fait excessivement grave ne saurait être entouré de trop de garanties. Le juge rend au bas de la requête une ordonnance de comparution des parties en personne devant lui à un jour et à une heure qu'il détermine. La copie de cette ordonnance et de la demande qui la précède est signifiée à la requête du demandeur par un huissier commis à cet effet, à la partie contre laquelle e divorce est demandé. Coulon. *Man.-form.* p. 107 et suiv.; Goirand, p. 111; Curet, p. 96; Depeiges, p. 38; Carpentier, p. 76 et suiv. ; Poulle, p. 143 ; Vraye et Gode, p. 204 et suiv.; Willequet, p. 140 ; Grolman, 3, 132; Frémont, nos 135 et 241.

Le juge peut, par l'ordonnance permettant de citer, au-

toriser l'époux demandeur à résider séparément en indiquant, s'il s'agit de la femme, la résidence de la femme, ainsi s'exprime l'article 236 qui a apporté une modification à l'ancienne loi, sous laquelle (art. 268, Cod. civil,) le tribunal seul statuait sur la résidence provisoire du demandeur en matière de divorce.

Les dispositions de cet article sont ainsi justifiées dans l'exposé des motifs du projet de loi : « La situation faite aux époux du jour où la citation en conciliation a été lancée, rend pénible, parfois dangereuse, la cohabitation ; il était indispensable d'accorder au juge le droit de la faire cesser. L'époux demandeur peut provoquer cette mesure, le mari aussi bien que la femme. Cette dernière hypothèse pourrait se réaliser, par exemple, si les époux avaient leur domicile au siège d'une maison de commerce dirigée par la femme. La seule différence admise, c'est qu'on ne pourra imposer une résidence déterminée au mari, dont le choix reste libre. »

Dans son rapport au Sénat, M. Labiche s'exprime ainsi sur les dispositions du nouvel art. 236 : « Il a paru nécessaire de donner au juge la faculté de statuer, même par cette première ordonnance, sur la résidence séparée de l'époux demandeur. La vie commune peut être impossible pendant la période de temps qui s'écoule entre la première ordonnance et la seconde — l'un des époux peut être exposé aux violences de son conjoint. Le mari, s'il est demandeur, peut provoquer cette mesure aussi bien que la femme. Cette hypothèse doit être prévue, par exemple, pour le cas où il existe une maison de commerce dirigée par la femme et que celle-ci doit continuer à habiter ; mais il est bien entendu qu'on ne pourra imposer une résidence déterminée au mari. »

Mais quelle que soit la décision que le juge prenne à ce propos, elle n'aura qu'un caractère éminemment provisoire et sera restreinte à son objet. Elle n'entraînera donc aucune conséquence, soit quant à la garde des effets, soit quant à la remise des effets personnels de la femme, soit même quant à la pension alimentaire, bien qu'il puisse être très difficile pour l'époux qui a obtenu l'autorisation de résider séparément, de bénéficier de cette faculté s'il n'en a pas les moyens, c'est ce qui résulte de la façon la plus formelle de la comparaison de l'article 236 avec la disposition de l'article 238. Coulon. *Man.-form.* p. 110 ; Carpentier, p. 79 et suiv. ; Depeiges, p. 38 ; Goirand, p. 112 ; Vraye et Gode, p. 206.

Le président pourra être saisi de la demande de résidence séparée par la requête même tendant au divorce, et il ne sera pas besoin à cet effet, de lui faire une demande distincte et séparée. Cette demande pourrait même être formulée verbalement par la partie intéressée au moment où elle comparaît devant le président.

Le Président pourrait-il se soustraire à l'obligation d'indiquer une résidence distincte au demandeur, s'il en était requis ? Nous ne le pensons pas, malgré l'expression *peut* dont se sert l'article 236. Cette expression ne vise en effet que la concession nouvelle qui lui est faite par la loi, et ce serait la détourner de son véritable sens que de lui donner une autre interprétation. *Sic*, Carpentier, p. 80 ; *Contra*, Depeiges, p. 47.

Une dernière question se pose ici. L'ordonnance du Président est-elle susceptible de recours ? Evidemment non. En principe, les ordonnances rendues par le Président et en sa qualité de magistrat conciliateur, sont définitives à moins de prescription contraire. Or la loi n'apporte d'excep-

tion à cette règle qu'en ce qui concerne l'ordonnance visée par l'article 238, et comme les exceptions sont de droit étroit, on ne saurait étendre le bénéfice de cette disposition à celle qui nous occupe. Il en résulte que si le Président avait outrepassé les pouvoirs qui lui sont accordés par l'article 236, c'est par voie d'ordonnance nouvelle rendue en référé et non par voie d'appel, que la partie lésée devrait faire statuer sur ses réclamations. Carpentier, p. 81.

Nous terminons ici la première partie de la procédure devant le président, la seconde partie commence avec l'article 237.

L'article 237 réglemente la façon dont la demande en divorce devra être portée à la connaissance du défendeur et détermine en même temps les formes de la citation qui lui sera faite d'avoir à comparaître devant le Président.

Dès que le juge a permis au demandeur de faire citer le défendeur, celui-ci doit signifier à la partie intéressée : 1° la requête présentée par lui au président du tribunal ; 2° l'ordonnance rendue par le juge au bas de la requête, conformément à l'article 235. Il doit, en même temps et par le même acte, citer ledit défendeur à comparaître en personne devant le président du tribunal au jour et à l'heure indiqués dans l'ordonnance. Le procès-verbal qui devait accompagner la requête d'après l'ancien article 238 du Code civil a été supprimé. La présentation de la requête par le demandeur, les observations de M. le Président seront constatées par l'ordonnance autorisant à citer. La citation doit être donnée trois jours au moins avant la comparution par huissier commis. Le tout à peine de nullité, dit l'article 237. Donc, en cas d'inobservation des prescriptions de la loi, la citation serait nulle ; le demandeur

serait même obligé de présenter une nouvelle requête au président, si, et ce sera le cas le plus fréquent, la nullité de la citation a été prononcée après la comparution des époux. Mais là s'arrête la sanction de la loi et il est plus qu'évident que le demandeur ne serait pas déchu de son action en divorce.

La copie de la citation doit être délivrée sous pli fermé, art. 237, § 2. C'est là une innovation heureuse de la loi du 18 avril 1886. Le législateur a pensé, avec juste raison qu'il fallait, en vue même du résultat désiré, la réconciliation des époux, éviter les indiscrétions qui ne manqueraient pas de se produire, si la citation était remise ouverte à des personnes autres que le défendeur lui-même.

Mais comment ce pli doit-il être fermé? L'acte doit-il être mis sous enveloppe ou sous doubles bandes entrecroisées? Où doit être inscrite la mention du « parlant à.... » ? Il est fâcheux que le législateur ne se soit pas expliqué d'une façon expresse sur ces points qui, d'après l'exposé des motifs du projet de loi devaient être réglés par les soins du ministère de la justice, mais aucun règlement n'est encore intervenu. Voici ce que décident, en ce qui concerne l'article 237 les instructions de la Chambre des avoués du Tribunal de la Seine. Rousseau et Laisney, *sur la loi du* 21 *avril* 1886, p. 232 et 233 : « Cette innovation du pli fermé est évidemment bonne en elle-même. Mais comment concilier son exécution avec les dispositions de l'article 61 du Code de Procédure qui dispose qu'un exploit doit contenir la mention de la personne à laquelle la copie sera laissée, et avec les principes de procédure d'après lesquels l'original et la copie doivent être identiques. Il est fâcheux que le législateur ne se soit pas expliqué d'une façon expresse sur ce point. Pour obvier aux inconvé-

nients résultant de son silence, il paraît n'y avoir qu'un moyen. Ce sera que l'huissier ne ferme l'enveloppe qu'après avoir parlé à la personne elle-même, à son domestique ou à la concierge ; il pourra ainsi mentionner le parlant à, sur la copie comme sur l'original, et satisfaire ainsi aux doubles exigences de procédure et de la loi nouvelle. Il faudra mentionner dans les citations que la copie est remise sous pli fermé. » *Sic.* Coulon, *Man.-form.* p. 112; Poulle, p. 141; Curet, p. 97 et suiv.; Carpentier, p. 83; Depeiges, p. 39; Goirand, p. 115 et p. 211.

La loi ne fait aucune distinction et à ne consulter que son texte, il semble que ce mode de remise de la citation doive être employé dans tous les cas. Nous ne saurions cependant admettre la nécessité de remettre l'exploit sous enveloppe, lorsqu'il est délivré au défendeur en personne. L'application de la règle, dans ce cas, serait absurde.

Cette exception ne doit pas être étendue aux divers cas où c'est le procureur de la République qui reçoit la citation. C'est alors sous pli fermé que l'exploit doit être remis à ce magistrat.

Mais comment concilier ce mode de procéder, avec la disposition de l'article 69, n° 8 du Code de Procédure, d'après laquelle une seconde copie de l'exploit délivré à une personne n'ayant ni domicile, ni résidence connus en France doit être affichée à la principale porte de l'auditoire du tribunal où la demande est portée ? Cela n'est pas possible, car on ne saurait admettre qu'en vue d'assurer le secret, une copie de la citation soit déposée sous pli cacheté au parquet, alors que l'affichage d'une autre copie à la porte du tribunal a pour but d'assurer une complète publicité à l'exploit. Il faut donc en conclure que l'article

237 du Code civil dérogera encore ici au droit commun et que l'article 69, n° 8, du Code de Procédure est abrogé en matière de citation en conciliation pour le demandeur en divorce ou en séparation de corps, mais seulement en ce qui concerne l'obligation d'afficher une copie à la porte de l'auditoire du tribunal. Vraye et Gode, p. 212.

Si le défendeur habite le territoire français hors du continent ou l'étranger, le procureur de la République qui reçoit la citation doit la transmettre au ministre de la marine ou au ministre des affaires étrangères, art. 69, n° 9 du Code de Procédure, mais comme les instructions ministérielles exigent que ce magistrat annexe à la copie transmise un tableau contenant le nom du demandeur ainsi que le nom et le domicile du défendeur, l'huissier devra mentionner ces indications sur l'enveloppe. Vraye et Gode, p. 213.

A la différence du § 1er de l'article 237, le § 2 ne dit pas que la citation serait nulle pour n'avoir pas été délivrée par un huissier commis ou sous pli fermé. On peut donc se demander quel serait l'effet de l'une ou de l'autre de ces irrégularités.

En ce qui concerne la compétence de l'huissier, la question qui se soulève est analogue à celle que les arrêts ont tranchée en sens divers à propos des significations de jugements par défaut rendus faute de constitution d'avoué art. 156. Code de Procédure civile. La doctrine et la jurisprudence tendent à décider qu'il y a nullité absolue lorsque ces dernières significations ont été faites par un huissier autre que l'huissier commis. V. Cass. 2. déc. 1845. S. 46, 1.56 ; Dutruc, *Supplém. aux lois de la Procédure*, *V° jugement par défaut*, n° 140. De même ici nous admettrons que la formalité est substantielle ; en effet l'of-

ficier ministériel qui n'a pas été commis est sans qualité pour faire la signification. *Sic*, Depeiges, p. 40 ; Carpentier, p. 83 ; Curet, p. 97 ; *Contra*, Vraye et Gode, p. 210.

Il n'y aurait pas, au contraire, nullité à notre avis si la citation était signifiée en la forme ordinaire, au lieu de l'être sous pli fermé. Remarquons que la loi n'attache pas la nullité à l'inobservation de cette règle, et que les nullités étant de droit étroit, et cette formalité ne présentant aucun caractère substantiel, on ne saurait y suppléer. *Sic*, Carpentier, p. 83; Curet, p. 97; *Contra*, Depeiges, p. 4.

— Nous avons dit précédemment (art. 235), que le juge devait faire une première tentative de conciliation près du demandeur. Au jour indiqué par l'ordonnance de comparution, il doit la renouveler près des deux époux réunis dans son cabinet ou près du demandeur seul, si le conjoint de celui-ci fait défaut. Car celui-là en effet doit comparaître sous peine d'être réputé avoir renoncé à sa demande. Coulon, *Man.-form.* p. 120 ; Depeiges, p. 41 ; Willequet, p. 141. *Contra*. Carpentier, p. 87.

L'essai de conciliation est, d'après la jurisprudence, prescrit à peine de nullité en matière de séparation de corps : il doit en être de même, à plus forte raison, en matière de divorce. L'omission de cette formalité, toute d'ordre public, pourra être invoquée même en appel. Poulle, p. 145 ; Carpentier, p. 154, 1re *Edit.* p. 89, 2e *Edit.* Quelques exceptions existent cependant : 1° Lorsque, pendant l'instance en divorce, l'époux défendeur forme une demande reconventionnelle. Si ce point pouvait être douteux sous l'empire de la loi de 1884, il ne l'est plus avec le nouveau texte de l'article 239, § 3, qui est ainsi conçu : « Les demandes reconventionnelles en divorce peuvent être introduites par un simple acte

de conclusions. » 2° Lorsque la demande est introduite par un tuteur. Aucun doute n'est possible ici, puisque l'article 234 exige que l'époux comparaisse en personne devant le président. Dans notre hypothèse, en effet, l'interdit ne peut comparaître et le tuteur, de son côté, sans excéder ses pouvoirs, ne peut pas le remplacer pour faire des promesses ou prendre des engagements qui seraient sans utilité et sans sanction. Poulle, p. 147, Carpentier, p. 84. V. *supra*, conclusions de l'avocat général Manuel. 3° Lorsque l'un des époux, demande la conversion de la séparation de corps en divorce (art. 310 du Code civil), le demandeur doit se borner à adresser une requête au président et il ne paraît même pas que le demandeur soit obligé de la présenter en personne. Carpentier, p. 312 ; Laurent, III, p. 267 ; Poulle, p. 147.

Reste une question, qui n'existait pas avant la loi du 18 avril 1886. *Quid* lorsque la demande en divorce est fondée sur la condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante.

Avant la loi de 1886, l'art. 261 aujourd'hui supprimé, décidait : « Lorsque le divorce sera demandé par la raison qu'un des époux est condamné à une peine afflictive et infamante, les seules formalités à observer consisteront à présenter au tribunal de première instance une expédition en bonne forme de la décision portant condamnation, avec un certificat du greffier constatant que cette décision n'est plus susceptible d'être réformée par les voies légales ordinaires. Le certificat du greffier devra être visé par le procureur général ou par le procureur de la République. » La procédure était absolument simple et complètement différente dans le cas de l'article 232. Mais l'article 261 a été abrogé. Dans l'exposé des motifs de la nouvelle

loi (p. 13) le garde des sceaux s'est expliqué très nettement sur ce point : « L'article 261, a-t-il dit, réglait, pour le cas où le divorce était demandé à raison de la condamnation de l'un des époux, une procédure extrêmement sommaire dans laquelle, d'après l'opinion commune, le défendeur n'était même pas mis en cause. Le projet ne maintient pas cette procédure exceptionnelle. La demande en divorce, basée sur l'article 232, sera instruite et jugée en la forme ordinaire. » Voir dans ce même sens le rapport de M. Labiche au Sénat, p. 17. Coulon. *Le div. et la sép.* t. II. Il faut donc en conclure que cette exception n'existe plus aujourd'hui, et que l'essai de conciliation est maintenant prescrit à peine de nullité dans le cas de l'article 232 : Code civil. *Sic.* Poulle, p. 148 ; Curet, p. 101, Coulon, *Man.-form.* p. 120 ; Paris, 7 avril 1887. *Contra*, Carpentier, p. 84 ; Coulon, *le divorce et la sép.* t. III, art. 230, concl. de l'avocat général Manuel. Toullier, t. II, n° 771 ; Zachariae, Massé et Vergé, t. I, p. 378, Marcadé sur l'art. 367. n. 1. Berlin, t. II, n. 968 et 976 ; Valette, p. 145 ; Demolombe, t. IV, n. 436 ; Aubry et Rau, t. V, p. 199, §. 493, et par analogie, trib. Seine, 29 janvier 1886, *Gaz. Pal.* 86.

On s'est demandé si les époux pouvaient être assistés d'avoués et de conseils dans cette comparution. La loi est muette sur ce point.

Du reste, il n'y a, à ce moment, aucun débat, la présence d'avocats et d'avoués est donc inutile. Toutefois la loi ne prohibant pas d'une manière expresse cette présence, il n'y aurait pas de nullité, si contrairement au vœu du législateur, les époux étaient assistés d'un homme de loi. Il importe de remarquer qu'en matière de séparation de corps, l'art. 877 Code pr. civ. disait formellement que les parties ne pourront « se faire assister d'avoués ni de

conseils ». « De sorte, disait le Rapporteur, qu'aucune influence étrangère ne pourra s'introduire dans cette réunion intime. » D., V° *Sép. de corps*, p. 89, col. 2; Coulon, *Man.-form.* p. 121; Carpentier, p. 83; Goirand, p. 119; Depeiges, p. 40; Curet, p. 98; Vraye et Gode, p. 214.

Mais cela exclut-il également l'assistance des curateurs et conseils judiciaires pour le cas où la demande serait formée pour ou contre un mineur émancipé ou un demi-interdit ? Evidemment oui; ce qui importe avant tout, c'est que les parties soient soustraites à toute influence lorsqu'elles se présentent devant le Président. Or il est indiscutable que l'assistance des conseils ou curateurs ne serait pas sans influence sur la volonté des personnes visées par les articles 482 et 513. Quant à l'argument tiré de l'irrégularité de la procédure, il n'y a pas lieu de s'y arrêter, car il est de règle dans notre droit que l'autorité de justice supplée très valablement à tout autre. Art. 318. Carpentier, p. 84.

Aucune question semblable ne peut d'ailleurs se soulever en ce qui concerne les aliénés interdits ou non. Dall. *C. proc. annoté*, art. 237, n. 3; Depeiges, n. 62; Carpentier, p. 84.

Si les deux époux comparaissent, le magistrat leur fait les représentations qu'il croit propres à les réconcilier. La loi ne le dit pas en termes formels, mais cela résulte implicitement de l'essai de conciliation dont elle parle. Si le demandeur comparaît seul, deux hypothèses peuvent se présenter, ou le défendeur fait purement et simplement défaut, ou il se trouve dans l'impossibilité de se rendre auprès du juge.

Dans le premier cas, le juge ne peut que constater le défaut. Cependant, il a toujours le droit d'adresser des re-

présentations au demandeur, de réitérer les observations qui lui ont été faites lors de la remise de la requête et de tenter ainsi de le faire revenir sur sa décision. Vraye et Gode, p. 215; Coulon, *Man.-form.* p. 121; Depeiges, p. 41; Carpentier, p. 83.

Dans le second cas, le juge apprécie souverainement l'impossibilité où est la partie d'assister au préliminaire de conciliation; aucune règle précise ne lui est tracée à cet égard. Supposons donc que l'impossibilité soit établie. Le président peut, ou bien déterminer le lieu où sera tentée la réconciliation, ou bien donner une commission rogatoire; c'est là une facilité nouvelle donnée par le § 1 de l'article 238 au juge pour la tentative de conciliation. Le premier procédé suppose que le défendeur se trouve dans le ressort du tribunal, mais qu'il ne peut se rendre auprès du juge. Le second procédé sera employé si l'époux défendeur est retenu hors de l'arrondissement. Admettons un instant que l'empêchement provienne au contraire de l'époux demandeur; le premier moyen seul sera praticable. Le président ne peut donner commission pour entendre le demandeur; c'est ce qui résulte tant des termes de l'article 238, qui visent seulement le défendeur que des explications contenues dans l'exposé des motifs. Depeiges, p. 41; Coulon, *Man.-form.* p. 121; Carpentier, p. 86; Vraye et Gode, p. 216. L'exposé des motifs s'exprime ainsi: « On trouvera inscrite dans l'article 5 (devenu article 238) une facilité nouvelle donnée au juge pour la tentative de conciliation. Si le défendeur est dans l'impossibilité de se rendre auprès du juge, celui-ci pourra donner commission rogatoire pour l'entendre. Cette disposition s'applique au défendeur seul. »

Quel est le magistrat qui pourra être commis?

MM. Vraye et Gode, p. 217 expriment l'opinion que seul le président d'un autre tribunal pourra être commis parce que c'est au premier magistrat du Tribunal qu'est attribuée compétence exclusive pour les tentatives de conciliation en matière de divorce. Nous croyons au contraire ainsi que nous l'avons déjà soutenu que la commission rogatoire donnée même à un juge de paix serait suffisante.

Si le défendeur est entendu par commission rogatoire, le magistrat commis doit transmettre au président compétent, le procès-verbal constatant les déclarations que lui aura faites la partie ainsi entendue. La loi ne prévoit rien de spécial sur ce point, et il faut se référer à l'article 1035, Code de Procédure civile.

Doit-on se borner à constater que le défendeur refuse de se réconcilier? Doit-on, au contraire, mentionner les explications qu'il a données et les réclamations qu'il a pu faire concernant les mesures provisoires, telles que la remise des effets personnels, les aliments, la garde des enfants, etc., etc. C'est à cette dernière opinion, qu'il convient suivant nous de s'arrêter. Le défendeur entendu par commission doit être placé dans la même situation que s'il comparaissait devant le président; ses explications rendent le débat contradictoire, et, par suite, elles doivent mettre le magistrat à même de statuer sur tous les points dont la décision lui appartient, aux termes de l'article 238. *Sic.* Depeiges, p. 42; Vraye et Gode, p. 217.

La tentative de conciliation peut se terminer de trois manières.

1° Par le défaut du défendeur.

2° Par la non-conciliation.

3° Par la réconciliation.

Lorsque le défendeur fait défaut, son abstention fait

présumer qu'il repousse la réconciliation; dans ce cas le Président rend une ordonnance qui constate le défaut et qui autorise le demandeur à assigner devant le tribunal.

La situation est la même lorsque les deux époux comparaissant, ne se réconcilient pas, le président rend une ordonnance constatant la non-conciliation et autorisant le demandeur à assigner devant le tribunal. Si, au contraire, le président arrive à réconcilier les époux, il n'y a lieu ni à ordonnance ni à procès-verbal, la réconciliation termine tout.

L'ordonnance du président contient donc nécessairement deux chefs distincts :

1° la constatation du défaut et de la non-conciliation.

2° l'autorisation de citer ou le renvoi de cette autorisation à une date ultérieure dans un délai maximun de vingt jours.

Les autres points que cette ordonnance peut régler, ont trait aux mesures provisoires.

L'article 238 a transporté au juge la faculté que l'ancien article 240 du Code civil donnait au Tribunal de suspendre pendant vingt jours le permis de citer.

Le législateur de 1886 a voulu se conformer à la pensée des rédacteurs du Code civil et à celle du législateur de 1884, en autorisant le juge à ajourner les parties, pourvu que ce délai n'excédât pas vingt jours.

A l'expiration de ce délai les parties doivent comparaître de nouveau devant lui.

L'ajournement prononcé par le juge ne peut excéder vingt jours. C'est là une mesure laissée à sa souveraine appréciation et qui est destinée à faire réfléchir le demandeur sur l'importance de l'action qu'il intente. Le juge ne doit user de cette latitude que lorsque les faits qui lui sont

soumis ne lui semblent pas empreints d'un caractère de gravité suffisant pour rompre immédiatement le lien conjugal.

La permission peut-elle être suspendue par le juge si les causes alléguées par le demandeur sont du nombre de celles indiquées comme péremptoires. La question peut se poser parce que l'article 238 ne distingue pas et qu'il semble devoir s'appliquer à tous les cas. Cependant nous n'hésitons pas à penser que le juge ne doit pas user de cette faculté quand il est en face d'un demandeur qui invoque l'adultère ou la condamnation à une peine afflictive ou infamante. Son pouvoir, en effet, dans les instances de cette nature, se borne à constater le fait et à en tirer la conséquence nécessaire. Mais nous devons reconnaître que même si la demande est basée sur l'adultère, le juge peut user de la faculté, qui lui est accordée par notre article 238. Cette concession faite, nous ne saurions admettre l'opinion de M. Goirand qui, à propos de l'ancien art. 240, reconnaît au Tribunal le droit de *refuser* la permission de citer: « S'il est appelé à l'accorder, c'est parce qu'il a le droit » de la refuser. C'est là un pouvoir exorbitant dont la loi » investit les magistrats, mais il faut reconnaître qu'il est » absolument en harmonie avec l'idée générale qui a ins» piré le législateur : à savoir opposer à l'impatience des » plaideurs les lenteurs d'une procédure qui, par sa durée » même, peut apporter à leurs passions quelque tempé» rament. » (*Traité pratique du divorce*, p. 71.) Il pourra accorder ou suspendre la permission de citer, voilà la limite de son pouvoir ; il violerait la loi s'il refusait le permis de citer ou s'il ajournait son autorisation à plus de vingt jours. Cela est si vrai qu'on ne comprendrait pas pour quel motif le législateur aurait pris soin de limiter la durée de la sus-

pension s'il avait reconnu au juge le droit de refuser le permis de citer. Cette limitation en effet est bien inutile dans le système de M. Goirand, puisque le juge pourra toujours l'enfreindre en refusant purement et simplement le permis de citer. Ce délai maximum de vingt jours pendant lequel la permission peut être suspendue indique bien que les rédacteurs du Code, dans l'article 240 du Code civil et dans l'article 238 de la nouvelle loi, n'ont pas voulu apporter une trop grande lenteur dans la marche de la procédure. Il importe de remarquer que quand le juge use de la faculté que lui accorde l'article 238, le demandeur n'est pas, à l'expiration du délai *et ipso facto*, investi du droit de citer ; il doit même à ce moment requérir du juge le permis de citer. Il nous semble cependant que le juge pourrait, par le même jugement qui prononce la suspension, accorder l'autorisation de citer pour le cas où le délai étant expiré, le demandeur persisterait dans sa demande. On éviterait ainsi des lenteurs et des frais inutiles. Coulon, *Man. form.* p. 127 et suiv. ; Carpentier, p. 87 et suiv. ; Depeiges, p. 42 et suiv. ; Vraye et Gode, p. 234 et suiv. ; Willequet, p. 143.

Le délai de l'ajournement n'est pas franc, cela résulte des termes mêmes de la loi qui dit, l'ajournement sera prononcé par une ordonnance; il ne pourra excéder un délai de vingt jours.

L'ordonnance qui prononce l'ajournement est-elle susceptible d'appel ? La loi ne le dit pas, mais la question est résolue d'avance. En ajournant, le président fait un acte de juridiction volontaire et gracieuse qui par conséquent n'est susceptible d'aucun recours.

Mais l'ordonnance d'ajournement gracieuse en ce qu'elle ajourne, est contentieuse en tant qu'elle prescrit des me-

sures provisoires. Elle sera par suite susceptible d'appel, mais seulement du chef des mesures provisoires.

Les délais d'appel seront ceux indiqués dans le § 3 de l'article 238.

L'ordonnance d'ajournement n'est pas susceptible d'opposition, pas plus que l'ordonnance résultant de l'article 238, parce que l'opposition à une décision judiciaire rendue par défaut n'est recevable qu'autant que la loi l'a expressément déclaré. Or, non seulement en thèse générale, les ordonnances du président ne sont pas susceptibles d'opposition, mais dans le cas particulier qui nous occupe, la loi muette sur cette voie de recours laisse même supposer qu'elle la refuse. Vraye et Gode, p. 225 ; Carpentier, p. 100.

Le demandeur est obligé d'user de la permission de citer qui lui a été accordée par le juge dans un délai de vingt jours à partir de cette ordonnance ; passé ce délai, les mesures provisoires ordonnées à son profit cesseront de plein droit.

Quand le juge a lui-même ajourné le demandeur à un délai de vingt jours pour lui accorder le permis de citer, le délai de vingt jours imparti par l'avant-dernier paragraphe de l'article 238 ne commence à courir qu'à l'expiration du premier délai de vingt jours.

M. Léon Renault, auteur de cette disposition, l'a très clairement expliqué dans le passage suivant :

« La commission vous propose de décider que lorsque le président, saisi de la requête de la femme ou du mari, n'aura pu arriver à ramener l'époux demandeur, il aura le droit de dire à cet époux : « Je ne peux pas vous refuser la permission de citer, mais avant d'en user il faut que vous attendiez pendant vingt jours. » C'est l'objet du § 6. L'honorable M. Griffe et moi nous lui donnons toute notre ad-

hésion. Mais nous demandons qu'une fois ce paragraphe voté, le Sénat en ajoute un autre qui impartirait à l'époux demandeur un délai pour user du droit de citation qui lui a été accordé. Si ce droit a été suspendu par le président pendant vingt jours, il va de soi que le délai imparti à l'époux demandeur, pour citer, aura pour point de départ l'expiration des vingt jours pendant lesquels son droit de citer a été suspendu par le président. Pendant les vingt jours qui lui sont imposés pour user, à peine de déchéance des mesures provisoires, de la permission de citer, l'époux demandeur confèrera avec ses conseils. On pourra faire agir auprès de lui toutes les influences, grâce auxquelles l'apaisement peut survenir. Si, au bout de ces vingt jours, l'époux demandeur est bien décidé à ne pas reprendre la vie commune, il sera alors tenu de porter sa demande devant le tribunal, c'est-à-dire sur le terrain où le défendeur, impatient de faire valoir ses droits pourra contredire une demande imprudente, mal fondée, où il aura la possibilité de combattre victorieusement, peut-être, l'action en séparation de corps ou en divorce élevée contre lui. » Coulon, *Le div. et la sép.* t. II, art. 238.

Le demandeur perdra-t-il le droit de citer par le fait qu'il n'en aura pas usé dans le délai imparti, nous ne le croyons pas, la loi étant muette sur ce point et indiquant en termes formels la déchéance encourue, à savoir le bénéfice des mesures provisoires. Coulon, *Man.-form.* p. 129.

Lorsque la tentative de conciliation a échoué, l'article 238 décide que le président aura le pouvoir, revenant sur sa première ordonnance, de statuer à nouveau sur la résidence de l'époux demandeur et de prescrire une série de mesures provisoires relativement à la garde des enfants, à la remise des effets personnels et aux demandes d'aliments.

C'est là un pouvoir nouveau que la loi accorde au Président. Antérieurement à la loi du 18 avril 1886, c'était au tribunal seul en matière de divorce qu'il appartenait de statuer sur les demandes provisoires rendues nécessaires par l'introduction de l'instance. Le président n'avait jamais ce droit. En matière de séparation de corps, au contraire, cette faculté lui était reconnue. Mais elle était restreinte à la fixation d'une résidence séparée pour la femme et la remise entre ses mains des effets à son usage journalier. Le nouvel article 238 reproduit à cet égard les dispositions de l'article 878 du Code de Procédure civile en les élargissant. Il est facile de justifier cette nouvelle disposition.

Souvent, dès le début de l'instance, une situation difficile et délicate peut se présenter. Pour n'envisager qu'une hypothèse, des enfants sont nés du mariage. Le ménage est divisé : il importe de pourvoir aussi rapidement que possible à assurer provisoirement le sort des enfants, soit en donnant la garde des uns à la mère et la garde des autres au père, soit enfin en les plaçant dans des pensionnats ou maisons d'éducation.

Or le tribunal n'est pas encore saisi du procès, de la demande principale : il ne pourrait donc utilement statuer sur les mesures provisoires, dont la nécessité se fait sentir, et qui ne se rattachent à la demande principale, qu'autant qu'on introduirait devant lui une action spéciale à cet effet. Dès lors, il a semblé plus naturel de donner juridiction sur ce point au magistrat même qui connaît déjà de l'instance, qui a pu apprécier, dans les tentatives de conciliation, auxquelles il a procédé, la situation, faite à la fois aux époux et aux enfants, par l'introduction de la demande en divorce et l'existence probable des griefs qu'on invoque. Goirand, p. 118 et 119; Carpentier, p. 91. Nous ne trai-

tons pas ici les questions touchant à ces mesures provisoires, nous renvoyons leur examen à un chapitre spécial, que l'on trouvera *infra*, § 7.

Cette ordonnance est exécutoire par provision, elle est susceptible d'appel dans les délais fixés par l'article 809 du Code de procédure, c'est-à-dire dans le délai de quinzaine. Les passages de la discussion aux Chambres *op. citat.* V. Coulon, t. II, art. 238, rendent très clair le texte des § 3 et 5 qui avait paru obscur à certains membres du Sénat. Aucune confusion ne peut exister entre les pouvoirs conférés au juge par le § 3 et ceux dévolus au Tribunal par le § 5.

Le président a juridiction pour statuer sur les mesures provisoires, pendant la période qui commence à la comparution devant lui et qui finit au moment où le Tribunal est saisi par une assignation de l'action principale en divorce. Pendant cette période, le Tribunal n'a aucune juridiction sur les mesures provisoires, et l'ordonnance du président ne peut être réformée ou modifiée que par la Cour d'appel.

Lorsque le Tribunal est saisi du fond, une nouvelle période commence. S'il y a lieu, alors, à prescrire de nouvelles mesures provisoires, c'est le Tribunal qui a juridiction pour y statuer. Ces mesures doivent produire leur effet jusqu'à ce que le jugement sur le fond soit devenu définitif.

Si l'on fait la distinction que nous venons d'indiquer entre les deux périodes de la procédure, on sera convaincu que, comme nous venons de le dire, il n'y a aucune confusion possible entre la juridiction du président et celle du Tribunal ; cette question de l'appel de l'ordonnance du président est pourtant l'objet de très longues et très vives controverses dont nous nous occuperons, lorsque nous étu-

dierons complètement la question, *infra*, § 8. *b.* de l'Appel.

Par le fait de cette ordonnance, la femme est autorisée à faire toutes les procédures pour la conservation de ses droits et à ester en justice jusqu'à la fin de l'instance et des opérations qui en sont les suites.

Il est très sage que cette seconde ordonnance puisse autoriser de plein droit la femme à faire toutes procédures pour la conservation de ses intérêts et pour ester en justice. Cette question était d'ailleurs tranchée dans ce sens, en l'absence d'un texte de loi, par une jurisprudence constante. Coulon, *Man.-form.* p. 126. Paris, 6 germinal an X. S. Chron. Paris. 29 pluviôse an X. S. Chron. Cass. 9 frimaire an II. Poitiers, 2 prairial an XII. Bruxelles, 20 pluviôse an XII, Cass. 25 germinal an XIII. Coulon. *Le div. et la sép.* t. III, art. 238. Merlin, Répert. V° *Divorce*, sect. 4, § 7. Dufour, t. I, p. 71. Delahaye, *Etudes sur le Code Napoléon*, p. 86. Vraye et Gode, p. 134. Carpentier, n° 68. *Contra* : Commaille et Lenormant, t. III, p. 141. Toullier, t. II, n° 767. Lesenne, *op. citat.* n° 118. Laurent, t. III, n° 107.

Ainsi la femme est autorisée à procéder devant toutes les juridictions, en première instance comme en appel, et même devant la Cour de Cassation. Elle est autorisée à ester en justice jusqu'à la fin de l'instance et des opérations qui en sont la suite. Elle peut donc sans nouvelle autorisation, poursuivre l'exécution du jugement et la liquidation de la communauté.

Appliquée au divorce, la disposition finale de l'article 238 § 4 « et des opérations qui en sont la suite » est un non-sens. La loi, en effet, suppose le divorce prononcé. Or après le divorce, il n'y a plus de mariage, et partant l'autorisation du mari ou de justice n'est plus nécessaire à la

femme, qui reprend le libre exercice de ses droits. Mais l'article 238 est applicable en cas de demande en séparation de corps (art. 307), et, dans ce cas, sa disposition conserve toute sa signification et son utilité. Curet, *op. citat.* p. 105.

Il importe de remarquer que la femme se trouve habilitée par ce seul fait, que l'ordonnance portant autorisation de citer a été rendue : le président n'aurait donc à prendre à cet égard aucune mesure spéciale, et comme sa décision, en ce qui concerne cette autorisation n'est pas susceptible d'appel, il suit que la capacité de la femme qui en résulte échappe également à tout recours analogue.

Quant à l'étendue de la capacité de la femme, elle est on ne peut plus générale et embrasse indistinctement tous les actes qui ont un rapport direct ou indirect avec le but qu'elle poursuit. C'est dire que la femme pourra accomplir seule et sans avoir besoin de recourir aux formalités de l'article 217, non seulement les actes judiciaires nécessités par l'instance en divorce, et cela devant quelque degré de juridiction que ce soit. Cass. 14 mai 1884. Coulon, *op. citat.* t. III, art. 238, mais encore tous les actes extra-judiciaires ou de bonne administration qui pourront s'y rattacher d'une façon même incidente. *Sic.* Carpentier, p. 101. Mais elle restera soumise par contre à l'observation des règles du droit commun pour tout ce qui ne pourra rentrer dans aucune de ces catégories.

L'ordonnance du président autorisant la femme à procéder sur les diverses demandes qui se rattachent à la demande principale, on en a conclu qu'après le rejet de cette demande, elle pourrait, sans autorisation nouvelle et spéciale, ester en justice pour demander sa réintégration au

domicile conjugal. Paris, 31 mars 1874, S. 74. 2. 1. L'erreur est évidente.

L'autorisation de justice, comme celle du mari, est spéciale, et s'applique à un acte ou à un litige déterminé ; en dehors de ce litige, pour lequel l'autorisation a été sollicitée et obtenue, et des actes qui en sont la suite nécessaire, la femme mariée reste soumise à la règle établie par l'article 215 du Code civil. Or, la femme, qui a demandé le divorce, a été autorisée à procéder sur sa demande en divorce et sur toutes les demandes qui s'y rattachent. Mais on ne peut dire que la demande en réintégration du domicile conjugal, se rattache à la demande en divorce, qu'elle en est la suite, la continuation, alors qu'elle ne peut se produire que lorsque la demande en divorce a été rejetée et a disparu. Coulon, *Man.-form.* art. 238. Curet, n° 120.

Les mesures prescrites par l'ordonnance du président ont, ainsi que nous l'avons dit plus haut, un caractère essentiellement provisoire. Lorsque le Tribunal sera saisi de l'action en divorce, les mesures ordonnées par le président pourront être modifiées ou complétées au cours de l'instance par jugement du Tribunal, art. 238, § 5. La loi réserve, seulement au Président, alors que le Tribunal est déjà saisi, le droit de statuer, en tout état de cause, en référé sur la résidence de la femme.

Nous avons vu déjà que dans la première partie de la procédure, la voie du référé devant le Président était ouverte aux parties pour toutes mesures provisoires. Il n'en est plus ainsi quand le Tribunal a été saisi de la demande principale, c'est-à-dire quand l'époux demandeur a usé du permis de citer. A partir de ce moment, le président ne peut plus statuer en référé que sur la rési-

dence de la femme, toutes autres mesures notamment celles relatives à la garde des enfants échappent à sa compétence et devront être, quelle que soit l'urgence, portées devant le tribunal par voie d'incident. Goirand, p. 122. L'ordonnance de référé rendue par le président, relativement à la résidence de la femme, sera susceptible d'appel. Le droit commun s'applique ici ; la loi, avec raison, a jugé inutile de s'en expliquer formellement.

§ 2. *De la Procédure devant le Tribunal.*

La procédure à suivre jusqu'au moment des débats contradictoires devant le Tribunal, a été considérablement simplifiée par la nouvelle loi. L'article 239, 1er alinéa, a, en effet, abrogé les articles 240 à 248 du Code civil et ramené la procédure du divorce aux formes plus simples de la procédure en séparation de corps telle qu'elle était organisée par l'article 879. C. de Pr. civ. Avant le 18 avril 1886, la procédure était beaucoup plus compliquée.

L'essai de conciliation avait lieu à deux degrés devant le président, comme aujourd'hui, mais ensuite commençaient les différences. L'ancien article 239, C. civ. portait que lorsque le juge n'avait pas pu concilier les parties, il en devait être dressé procès-verbal ; puis, le magistrat ordonnait la communication de la demande et des pièces au ministère public et le référé du tout au tribunal. Ce procès-verbal était sans utilité, puisqu'il se bornait à constater la non-conciliation ; il en était de même de la communication au ministère public et du référé au tribunal, puisque le tribunal, qui ne statuait que sur le rapport du président, ne pouvait pas refuser l'autorisation demandée. Le tribunal était libre de suspendre son autorisation, comme

aujourd'hui le président, pendant un délai maximum de vingt jours : si ces vingt jours s'écoulaient sans conciliation, le tribunal délivrait la permission d'assigner. La comparution avait alors lieu à huis-clos, en chambre du conseil, dans le délai légal ; le demandeur exposait ou faisait exposer les motifs de sa demande, représentait les pièces à l'appui de sa demande, et nommait les témoins qu'il se proposait de faire entendre. Il est facile de voir combien toutes ces formalités étaient utiles. Poulle, *op. citat.* p. 151. « Pourquoi en effet, cette comparution à huis » clos? Peut-on, à ce moment de la procédure, espérer sé» rieusement une conciliation? Le prétendu secret existe» t-il en réalité? Comment, à l'origine d'une instance, peut» on exiger que le demandeur produise des pièces dont il » aura à se servir dans le cours des débats? Le deman» deur, dit l'article 241, nommera les témoins qu'il se » propose de faire entendre. Comment obliger le deman» deur à faire connaître les témoins qu'il fera entendre, » alors que les faits ne sont même pas articulés? Aussi » ces deux formalités ne pourraient être remplies que d'une » manière illusoire. » Rapport de M. Labiche, Coulon. *Le div. et la sép.* t. II.

« Après l'accomplissement de ces formalités, le Tribu» nal dressait procès-verbal de tout ce qui était arrivé. La » publicité commençait alors et le tribunal renvoyait les » parties à l'audience publique en fixant le jour et l'heure, » ce qui n'était peut-être pas bien facile dans la pratique. » — A l'audience, on ne plaidait tout d'abord qu'en la » forme, et on devait rechercher les fins de non recevoir, » art. 246, C. civ. Les parties étaient tenues d'assister en » personne à tous ces débats, et le conseil du demandeur » n'était admis, art. 243, *in fine*, que si le demandeur était

» comparant en personne. Cette comparution des parties » obligeait les plaideurs à entendre des attaques souvent » fort, vives et des scènes de violences et de faits déplora- » bles en résultaient pendant les audiences. » Rapport de M. Labiche, Coulon, *Le div. et la sép.* t. II.

A la suite de toute cette procédure intervenaient successivement trois jugements : jugement admettant en la forme la demande, jugement ordonnant l'enquête, jugement définitif.

Aujourd'hui toutes ces complications, toutes ces difficultés ont disparu.

L'essai de conciliation ayant échoué, l'instance proprement dite commence ; elle s'engage, comme toute instance judiciaire par une assignation.

L'assignation doit être donnée dans la forme ordinaire, art. 61 du Code de procédure. La loi n'exige pas qu'elle soit délivrée sous pli fermé. La précaution édictée par l'article 237, pour le cas de la citation en conciliation, n'était plus ici nécessaire ; les indiscrétions n'étaient plus à craindre, puisque l'instance va s'engager et se dérouler au grand jour de l'audience.

L'assignation de la demande en divorce est rédigée et délivrée dans la forme ordinaire et en observant les délais du droit commun prescrit par l'article 72 du Code de procédure civile. L'exploit introductif d'instance devra continuer à contenir copie de la demande en divorce et des pièces à l'appui, c'est l'application aussi du droit commun régi par l'article 61 du Code de procédure civile. Il n'est pas indispensable de signifier préalablement ou en tête de l'assignation copie de l'ordonnance qui permet de citer. Il suffit de l'énoncer dans l'assignation. En pratique, il sera toujours préférable de signifier l'ordonnance. L'assi-

gnation ne doit pas être délivrée sous pli fermé. La remise d'un acte judiciaire sous pli clos est une dérogation aux règles du droit commun, dérogation que le législateur n'a appliquée qu'à la citation en conciliation en matière de divorce et de séparation de corps, article 237 du Code civil.

Quand l'ordonnance est rendue par défaut et que le président a commis un huissier pour la signifier et pour délivrer l'assignation, le demandeur sera libre néanmoins de recourir au ministère d'un autre huissier, car la loi n'exige pas de commission. L'eût-elle ordonné d'ailleurs, sans ajouter que c'est à peine de nullité, que le demandeur ne serait pas lié davantage, car les nullités ne se suppléent pas. Vraye et Gode, *op. citat.* p. 241.

L'assignation peut demander les mesures provisoires qui n'auraient pas été ordonnées par le président ; on peut aussi y conclure à la modification des mesures ordonnées et y demander une provision *ad litem*.

L'assignation lie définitivement l'instance et c'est sur elle que doit se constituer l'avoué du défendeur.

Les instances en divorce sont instruites et jugées dans la forme ordinaire, le ministère public entendu, dit l'article 239, § 1er. L'audition du ministère public est prescrite ici par la loi. Mais la prescription de l'article 239 à ce sujet ne concerne pas les incidents qui peuvent surgir au cours de l'instance, tels que les demandes alimentaires, la provision *ad litem*, la garde des enfants, etc., etc. Dans ces divers cas, le ministère public peut être appelé à donner ses conclusions, soit obligatoirement, soit facultativement, mais c'est alors en vertu de textes différents. Vraye et Gode, *op. citat.* p. 243. Coulon, *Man.-form.* art. 239.

L'article 239, § 4, admet implicitement la publicité de la procédure de divorce.

Néanmoins les tribunaux pourront ordonner le huis clos. C'est une faculté que le législateur a entendu leur laisser.

Il lui a semblé que la publicité des audiences, qui est la garantie d'une bonne administration de la justice ne pouvait être interdite que dans certains cas, dont les magistrats seraient appréciateurs.

Jusqu'à la loi de 1884, la reproduction des débats devant les tribunaux des instances en séparation de corps était permise en principe, le nouvel article 239 confirme la défense faite par la loi de 1884. Les adversaires de cette publicité par la voie de la presse faisaient valoir qu'on jetait ainsi sur les parties en cause une déconsidération souvent imméritée et que l'on révélait au public des détails intimes qui éveillaient une curiosité malsaine et surtout que cette publicité était souvent le plus grand obstacle à la réconciliation.

La loi de 1884 et la loi nouvelle ont donné à tort, selon nous, satisfaction à ces réclamations ; la reproduction des débats était une garantie à la fois pour le juge et pour le justiciable. La véritable publicité, en effet, résulte bien plus de la reproduction par la voie de la presse, que de la présence de quelques personnes dans le prétoire. Nous pensons qu'il vaut mieux révéler les vérités au public que de laisser répandre des calomnies et planer un doute sur les véritables causes du divorce. Cette disposition était tout au moins inutile puisque le juge, en vertu de la loi du 29 juillet 1881 sur la presse, avait toujours le droit d'interdire la reproduction des débats quand il le jugeait utile.

On peut se demander quel est le caractère de l'infraction prévue par cet article, à quel tribunal elle devra être déférée et si la peine peut être réduite par application de

l'article 463 du Code pénal. En ce qui concerne la nature de l'infraction nous pensons qu'on doit la considérer non comme un délit mais comme une simple contravention ; la conséquence est que la bonne foi ne serait pas une excuse suffisante. En ce qui concerne la compétence, nous pensons qu'elle appartient au tribunal dans le ressort duquel le journal est publié ; nous ne voyons aucun intérêt à déférer la contravention au tribunal qui est saisi de l'instance en séparation ou en divorce. En ce qui concerne les circonstances atténuantes, nous pensons que l'article 463 du Code pénal est applicable. Il est vrai que la jurisprudence de la Cour de cassation semble contraire à notre opinion puisqu'elle décide que cet article ne peut être invoqué que lorsque la peine est édictée par le Code pénal ou par une loi spéciale qui déclare cet article applicable aux peines qu'elle prononce. Mais à notre avis le législateur n'a pas voulu édicter une pénalité nouvelle ; le visa de l'art. 39 de la loi de 1881 indique bien qu'il a entendu assimiler en tout point l'infraction qu'il prévoit à celle prévue par cet article 39. Pour nous c'est comme si le législateur avait dit « sous peine de l'amende prononcée par l'art. 39 de la loi 30 juillet 1881 » ; or, l'art. 64 de la loi de 1881 déclare formellement que l'art. 463 du Code pénal est applicable dans tous les cas prévus par la dite loi.

Il est bien évident que l'art. 239 n'interdit pas la publication du jugement, lequel pourra toujours être publié. Pour ce qu'il faut entendre par ces mots « reproduction des débats » et pour toutes les difficultés que peut présenter sur ce point l'article 239, il y a lieu de se reporter aux articles 39 et suivants de la loi de 1881 sur la Presse dont la disposition dont nous nous occupons n'est que la reproduction ; c'est d'ailleurs ce qui a été indiqué sur ce

point par le Rapporteur à la Chambre, voir t. II, Débats parlementaires, art. 239.

Tout ce que nous venons de dire sur la procédure devant le Tribunal et la publicité s'applique en vertu de l'article 307 depuis la loi de 1886 à la séparation de corps comme au divorce.

Il y a lieu de se montrer très circonspect dans le choix du tribunal compétent, voir *supra*, de la compétence *ratione loci et ratione personæ*, et l'application des articles 59, § 1, ou 69, § 8, C. Pr. civ. C'est la tendance d'ailleurs de la jurisprudence. Ainsi il a été décidé qu'il faut tenir pour nulle l'assignation en divorce délivrée au parquet à une personne dont le domicile n'est pas connu au moment de la demande, quand cette personne ayant eu, à un moment donné un domicile connu du demandeur, il est constant que l'huissier ne s'y est pas transporté et qu'il n'a pas fait les réquisitions d'usage que commandent la prudence et la bonne foi. Trib. Versailles. 27 août 1884. Coulon, *Le div. et la sép.* t. III, art. 234, mais il a été jugé d'autre part qu'un procès-verbal de carence, dans un lieu abandonné depuis dix ans, ne suffit pas pour impliquer que ce lieu est celui du domicile et attribuer compétence au tribunal dans le ressort duquel il se trouve. Trib. Seine, 21 novembre 1884. Coulon, *op. citat.* t. III, art. 234, et qu'il y a lieu de recourir aux formalités de l'article 69, § 8, Code proc. civ. quand le demandeur ne connaît d'autre habitation à son adversaire qu'un séjour dans un hôtel garni à une époque relativement éloignée. Même décision. V. encore sur ce point. Cass. 10 février 1875. Carpentier, *op. citat.* p. 111. Sur la question de savoir si le juge peut prononcer la nullité de l'exploit dressé conformément à l'article 69, § 8, alors qu'il aurait dû être fait selon l'article 59,

Chauveau sur Carré, 616, *ter*; Boncenne, *Théorie de la procédure*, t. III, p. 302. Carré, *Lois de la Procédure*, 748; Favard. V° Exception, §§ 3 et 4.

Quand le tribunal est saisi, il peut rendre quatre décisions différentes.

Si l'assignation n'a pas été délivrée à personne et que le défendeur fasse défaut, le tribunal peut avant faire droit ordonner la publication de l'assignation. V. *infra*, § 5.

Le tribunal peut encore prescrire une enquête au sujet des faits allégués. V. *infra*, § 4.

Il peut aussi, usant de la faculté que lui confère l'article 246 du Code civil et pour le cas où le divorce est demandé pour une cause autre qu'une peine afflictive et infamante, prescrire un sursis. V. *infra*, § 5, a.

Il peut enfin prononcer le divorce *de plano*.

Dans les trois premiers cas, après la publication de l'assignation, ou après l'enquête, ou encore à l'expiration du délai de sursis, le tribunal aura à statuer au fond.

§ 3. *De la transformation de la demande de divorce en séparation. Des demandes principales en divorce et en séparation de corps parallèles. Des demandes reconventionnelles.*

A. Transformation de la demande en divorce en demande en séparation de corps.

Le demandeur peut, en tout état de cause, dit l'article 239, § 2, transformer sa demande en divorce en demande en séparation de corps. Cette disposition qui ne figurait pas dans le projet de loi a été introduite lors de la première délibération devant le Sénat et votée sans discussion. V.

Débats parlementaires, t. II. Coulon, *op. citat.* art. 239 : on a voulu, par cette disposition, qu'après une tentative inutile de conciliation, l'époux outragé se retrouve en quelque sorte placé au même point que s'il n'avait pas encore formé sa demande, et qu'il exerce librement un choix qui ne lui avait été peut-être dicté que par un ressentiment trop vif de l'injure.

Il peut se présenter, en effet, dit M. Poulle. Rev. div. Smets. 1888, p. 51, que le demandeur en divorce pense qu'étant donnés les griefs qu'il invoque contre son conjoint, tout espoir de reprendre un jour la vie commune n'est pas perdu. Pourquoi l'empêcher, dans ces conditions, de restreindre sa demande et conclure simplement au prononcé de la séparation de corps? Puis, ainsi que le dit un arrêt de la Cour de Cassation du 12 février 1888, V. Coulon, *op. citat.* t. III, art. 239, la demande en divorce comprend virtuellement la demande en séparation de corps. M. Denormandie le constatait aussi, V. Coulon, *op. citat.* t. II, art. 239, lorsqu'il déclarait devant le Sénat, au moment de la discussion de la proposition de M. Griffe, que le demandeur *qui peut le plus* (le divorce) *peut évidemment le moins* (la séparation de corps). La demande en divorce et la demande en séparation de corps n'ont certes pas le même but : l'une tend à rompre complètement le mariage, tandis que l'autre ne tend qu'à un simple relâchement du lien conjugal. En principe, il est incontestable qu'une demande nouvelle ne peut être introduite par voie de simples conclusions. Mais, alors qu'il édictait l'article 239, § 2, C. civ., le législateur a pensé que le maintien du lien conjugal était chose assez importante pour lui permettre de laisser passer et d'admettre cette petite entorse donnée aux principes. C'est en vue d'un grand bien qu'il

a permis la transformation de l'instance de divorce en instance de séparation de corps. Voulant la fin, c'est-à-dire le maintien du lien conjugal, et ne voyant dans le divorce qu'un *mal nécessaire,* il a voulu, en même temps, les moyens : de là le deuxième paragraphe de l'article 239, C. civ. Qui oserait l'en blâmer? A notre avis, le législateur a eu raison de faire fléchir, dans notre hypothèse, les principes qui ne permettent pas de changer, durant l'instance, l'objet de la demande primitive. Ici, par exception à ce principe, le demandeur pourra opérer cette transformation en tout état de cause, tant qu'il ne sera pas intervenu un jugement définitif, que la procédure suivie le soit par défaut ou contradictoirement. *Sic*: Carpentier, *Traité du Divorce*, *loi du* 18 *avril* 1889, p. 112, n. 80; Depeiges, *La procédure du Divorce*, n. 95, en appel comme en première instance. *Sic*: Carpentier, *op. et loc. cit.*; Cassation, arrêt du 22 février 1888 précité. — *Contra*, Depeiges, *op. et loc. cit.* Curet, *op. citat.* p. 190.

La transformation pourra s'opérer, le texte même l'indique, par ces mots « en tout état de cause », même en cause d'appel. L'opinion contraire a cependant été soutenue par ce motif que l'article 239 paraît étranger à la procédure devant la Cour « et qu'il est naturel de penser que la demande doit subir sous une forme identique les deux degrés de juridiction. » *Sic*, Depeiges, *op. citat.* M. Curet, p. 190, ajoute à l'appui de cette doctrine, qu'elle était bien dans l'intention du législateur telle que nous la révèlent les travaux préparatoires. Lors, dit-il, de la discussion au Sénat de l'article 6 de la loi du 18 avril 1886 qui permet même en Cour d'appel, de convertir les instances en séparation de corps en instances de divorce, M. de Gavardie, oubliant que cet article ne s'appliquait

qu'aux instances pendantes au moment de la promulgation de la loi du 27 juillet 1884, s'éleva avec force contre une disposition qu'il considérait comme une dérogation au droit commun. Le rapporteur de la commission, après avoir relevé l'erreur dans laquelle tombait M. de Gavardie, ajouta : « nous avons déjà expliqué que notre texte vous donnait satisfaction, qu'il n'autorisait aucune dérogation aux principes généraux du droit qui ne permettent pas de transformer en appel une demande de séparation de corps en instance de divorce et réciproquement. » V. Coulon, *le Div. et la sép.* t. II, art. 6.

Malgré ces arguments nous persistons à croire que cette opinion est détruite par les termes généraux de notre disposition. On peut ajouter que les articles 248 du Code civil et 6 de la loi de 1886, reconnaissent en principe le pouvoir de soulever sous deux formes différentes la même demande devant les juges de première instance ou d'appel. *Sic*, Carpentier, *op. citat.* 112. Quant à l'argument tiré des débats parlementaires, il nous paraît un peu futile, d'abord ce que l'on sait de ces débats a trait à la discussion de l'article 6 de la loi, à un moment où tout le monde, interrupteur et interrompu avait oublié l'article 239 et ses termes généraux ; ensuite quelle que soit l'autorité qui peut s'attacher aux paroles d'un Rapporteur, elles n'ont pas la force de loi, elles peuvent être l'expression d'une opinion personnelle, le résultat d'une erreur, et ne peuvent en tous cas pas détruire le texte même de la loi.

Quant à la transformation d'une demande de séparation de corps en demande de divorce, elle n'est pas possible. En effet, la loi ne l'a pas prévue et l'on peut même dire, par un argument *a contrario* tiré du paragraphe 2 de l'article 239 du Code civil, qu'elle ne l'a pas permise. Au surplus,

cette solution se justifie encore par la nature même des deux demandes.

Le divorce a un caractère bien plus grave que la séparation de corps. La demande de divorce implique nécessairement demande de séparation, de telle sorte que sa transformation en demande de séparation de corps, n'est, en réalité, qu'une réduction de la demande. Au contraire, la demande en séparation n'implique pas et ne contient pas une demande de divorce. La transformer en une telle demande, serait non seulement modifier la demande originaire et modifier les conclusions, mais encore introduire une demande nouvelle. Or une demande nouvelle est assujettie au préliminaire de conciliation et à toutes les formes prescrites par la loi en matière de divorce.

Sans doute, une conciliation a déjà été tentée sur la demande de séparation de corps et cette tentative a échoué. Mais il faut remarquer qu'elle eut peut-être abouti, si les époux avaient entrevu comme résultat de l'instance la possibilité d'un divorce au lieu d'une séparation. *Sic*, Vraye et Gode, *op. citat.* p. 431. Carpentier, p. 112. Coulon, *Man.-form.* art. 239. Curet, p. 164. Poulle, Rec. Smets, 1888, p. 53. Cass. civ. 12 février 1888. Trib. Seine, 26 mars 1887. Coulon, *op. citat.* t. III, art. 239. Depeiges, n° 95. *Contra*, Toulouse, 5 et 7 juillet 1886, Trib. Seine, 20 janvier 1887. Voir Coulon, *op. citat.* t. III, art. 239.

Reste une hypothèse à envisager, le demandeur pourrait-il après avoir commencé par introduire une demande de séparation se désister ensuite de ses conclusions et requérir en définitive le divorce.

D'après M. Carpentier, *op. citat.* p. 112 et 113, cela ne serait pas possible. L'époux qui a des griefs contre son conjoint a le choix entre deux partis : le divorce ou la sé-

paration de corps. Ce sont là deux voies parallèles, deux remèdes différents. Il a le choix, mais le choix qu'il fera devra être considéré comme irrévocable. Pour qu'il en fût autrement, il faudrait un texte formel; or dans notre hypothèse, on n'en peut invoquer aucun en ce sens. Mais le demandeur ne pourra-t-il pas se désister de son action en séparation de corps, puis intenter une action en divorce? M. Carpentier ne l'admet pas davantage, et voici comment il raisonne : « il est vrai que l'effet général du désistement est de remettre le demandeur dans le même état que s'il n'avait formulé aucune conclusion. Mais ce principe n'a rien d'absolu, il doit être entendu *secundum subjectam materiam*, et si on comprend à merveille qu'un désistement d'instance puisse intervenir en notre matière, lorsqu'il a lieu purement et simplement, on peut dire que la loi elle-même paraît avoir prohibé un désistement qui ne pourrait être envisagé que comme un moyen de parvenir indirectement à un but qu'elle défend d'atteindre directement, puisque la transformation d'instance dont s'agit n'est, à proprement parler, que l'acte indécomposable d'un plaideur qui se désiste pour recommencer son action sur de nouvelles bases; que les éléments de cet acte sont les mêmes, qu'on les prenne isolément ou dans leur ensemble, et qu'il serait tout à fait contraire à nos habitudes juridiques de placer dans une forme de procédure un moyen d'échapper à la rigueur du droit. » *Sic*. Arutz, Cours de droit civil, t. I, p. 231. Cass. 16 décembre 1811. Merlin, Rép. *Divorce*, section IV, § 17, tome VIII, p. 245. Liège, 21 février 1850. *Pasicr*. 6. 1850. 2. 187.

M. Poulle. Rec. div. Smets. 1888, p. 54, soutient en ces termes le système contraire:

« Ce système est inadmissible, à notre avis. Les conclu-

sions qu'il propose ne sont pas en rapport avec ses prémisses. Que le demandeur en séparation de corps ne puisse pas, par de simples conclusions, changer sa demande primitive et conclure au prononcé du divorce, cela nous paraît hors de doute. Il est de principe, en effet, que le demandeur ne peut, durant l'instance, changer l'objet de sa demande. De plus, aux termes de l'article 6 de la loi du 18 avril 1886, les demandes en séparation de corps qui étaient pendantes au moment de la promulgation de la loi du 27 juillet 1884 ont pu, seules, être converties, par simples conclusions, en instances de divorce. Mais ce n'est pas dans ces termes que se pose la question qui nous occupe : il ne s'agit pas de transformer la demande primitive par simples conclusions, mais de savoir si, en se conformant à l'article 403, C. pr. civ., le demandeur ne peut pas, après avoir introduit une demande en séparation de corps, se désister de l'instance en séparation et introduire une action nouvelle tendant au divorce. Nous prétendons que cette transformation est possible. Notre opinion est juridique. Le désistement d'instance régulièrement accepté n'a-t-il pas, en effet, pour conséquence certaine et absolue de remettre, entre les parties, les choses en l'état où elles étaient avant la demande ? Les principes posés dans les articles 402 et 403, C. pr. civ., ne sont-ils pas généraux et applicables à toutes les matières du code, même à celles du divorce et de la séparation de corps ? Y a-t-il un texte qui interdise au demandeur en divorce ou en séparation de corps de se désister de sa demande ? S'il en est ainsi, et cela n'est pas contestable, si le désistement d'instance est possible, en matière de divorce ou de séparation de corps, par l'effet du désistement régulier de la demande en séparation de corps, cette

demande ne devra-t-elle pas être considérée comme n'ayant jamais été faite, et dès lors, ne sera-t-il pas juste de dire que le tribunal ne sera plus saisi que d'une seule demande, la demande en divorce, sur laquelle il pourra valablement statuer ? Puis, le demandeur n'a peut-être conclu tout d'abord à la séparation de corps que parce que les motifs qu'il invoquait ne lui paraissaient pas de nature à écarter, à tout jamais, tout espoir de réconciliation. Or, il peut arriver qu'après l'introduction de l'instance en séparation de corps, il découvre des faits qui jusque-là étaient restés inconnus, faits beaucoup plus graves, comblant la mesure du scandale et creusant entre les conjoints à jamais désunis un abîme infranchissable. Pourquoi ne pas permettre à ce conjoint de se désister de l'instance en séparation de corps tout d'abord introduite pour arriver de suite au divorce ? Est-il donc nécessaire, dans ces conditions, de lui imposer le stage de trois ans de l'article 310, C. civ. ? En outre, est-ce que, même à l'époux qui a obtenu la séparation de corps, il n'est pas loisible, et cela sans attendre l'expiration du délai de trois ans de l'article 310, C. civ., de demander le divorce par voie principale, pourvu qu'il puisse invoquer, à l'appui de sa nouvelle demande, des faits également nouveaux ? »

Cette manière de voir qui est absolument la nôtre est celle qui jusqu'ici a triomphé devant les tribunaux. Trib. Seine, 16 novembre 1886. Trib. Seine, 20 janvier 1887. Trib. Seine, 26 mars 1887. Paris, 20 janvier 1886. V. ces jugements et arrêt. Coulon, *op. citat.* t. III, art. 239 et 249. Poulle, *op. citat.* p. 202. Curet, *op. citat.* p. 256. Depeiges, *op. citat.* n° 48. Laurent, t. III, p. 369 et 370. Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 283 et suiv.

La transformation d'une demande de divorce en de-

mande en séparation peut soulever des questions de procédure. Notons tout d'abord qu'elle se forme par de simples conclusions.

On sait que la procédure du divorce et celle de la séparation de corps ne sont pas absolument les mêmes et qu'il existe entre elles, certaines différences caractéristiques, notamment pour les délais d'opposition, la publication de l'assignation, la publication du jugement ou de l'arrêt rendu par défaut, etc., etc.

La procédure entamée suivant les formes spéciales au divorce ne devra pas être continuée, à partir de la demande en transformation, c'est la procédure applicable à la séparation de corps qui devra être suivie.

Si donc la demande de transformation intervient après un jugement de sursis, il n'y aura pas lieu pour le demandeur d'attendre l'expiration du délai fixé par le tribunal, il pourra de suite introduire sa demande par voie de citation, puisqu'en matière de séparation de corps le sursis n'existe pas. *Sic.* Vraye et Gode, p. 432. Il est bien entendu que ce que nous venons de dire ne s'applique pas aux demandes de séparation pendantes au moment de la promulgation de la loi du 27 juillet 1884, lesquelles peuvent être transformées en demandes de divorce aux termes de l'article 4 de cette loi et de l'article 6 de la loi du 18 avril 1886. V. sur ce point, *infra*, Chapitre VI.

Le demandeur en divorce pourrait-il, par des conclusions subsidiaires, demander la séparation de corps?

La négative n'est pas douteuse. La demande en divorce tend à la rupture de l'union conjugale; la demande en séparation de corps tend au maintien de cette union dans des conditions spéciales; ces deux demandes ont donc des conséquences complètement différentes, et par suite l'une

ne peut être considérée, comme le subsidiaire juridique de l'autre. Il est vrai que le demandeur en interdiction, peut, par conclusions subsidiaires, demander la nomination d'un conseil judiciaire. Mais il n'y a aucune analogie entre les deux hypothèses. Les causes de l'interdiction et celles de la nomination d'un conseil judiciaire sont différentes ; c'est le plus ou moins de faiblesse d'esprit du défendeur qui commande l'une ou l'autre de ces mesures ; il peut y avoir lieu à nomination d'un conseil judiciaire, sans que le tribunal soit obligé d'aller jusqu'à l'interdiction. Au contraire, les causes du divorce et de la séparation de corps sont identiques ; il n'y a pas ici une question de plus ou de moins ; s'il n'y a pas lieu à divorce, il n'y pas lieu davantage à séparation de corps et, dès lors, on ne comprendrait pas une demande tendant au principal au divorce et subsidiairement à la séparation de corps. Coulon, *Man.-form.* art. 306. Curet, *op. citat.* p. 165. Carpentier, *op. citat.* p. 114. Vraye et Gode. *op. citat.* p. 433. Cass. 30 juin 1886. Paris, 5 mars 1886. Paris, 30 juillet 1885. Cass. Rég. 14 décembre 1885. Paris, 20 janvier 1886. V. différents arrêts. Coulon, *Le div. et la sép.* t. III, art. 239.

B. Des demandes principales en divorce et en séparation de corps parallèles.

Il peut se faire que le tribunal se trouve saisi tout à la fois d'une demande en séparation de corps et d'une demande en divorce. Dans ce cas, il y a en réalité deux demandes principales, chacune devra être précédée du préliminaire de conciliation qui lui est propre, puis, la procédure étant identique depuis la loi du 20 avril 1886, les

instances seront jointes et le juge statuera sur les deux demandes par un seul et même jugement ou par deux jugements séparés, et il en sera de même à la Cour, lorsque les demandes, ayant reçu leur solution en première instance, auront également été frappées d'appel, ou lorsqu'une demande reconventionnelle aura été introduite devant la Cour.

Cette solution, qui est la nôtre et celle de M. Goirand, *op. citat.* p. 197, est celle qui paraît l'emporter en jurisprudence. C'est ainsi notamment que le tribunal de Chambéry a, au lendemain de la loi du 18 avril 1886, posé les principes suivants :

« Attendu qu'aux termes de l'article 306 du Code civil les époux peuvent demander la séparation de corps pour les mêmes causes que le divorce ; que la loi, en décidant ainsi, a mis ces deux actions au même rang et n'a point subordonné la demande en séparation de corps à la demande en divorce, de façon que cette dernière puisse arrêter ou suspendre la première qui aurait été formée antérieurement par l'époux adverse ; qu'il n'y a d'ailleurs aucune raison rigoureuse pour que l'une prime l'autre ; que vainement l'on prétendrait que le divorce doit rendre inutile la poursuite en séparation, ses conséquences étant plus étendues et plus absolues ; qu'il est, en effet, à remarquer d'abord que la demande en divorce pourrait ne pas être accueillie, n'étant pas justifiée, d'où un retard fâcheux pour la partie défenderesse, fondée, elle, à demander la séparation, résultat injuste qni ne saurait être consacré sans de graves motifs d'ordre supérieur ;

» Que, d'autre part, s'il est constant que le divorce rompt d'une manière complète le mariage civil, tandis que la séparation ne fait que relâcher le lien conjugal,

celle-ci, à ce point de vue, serait inutile, une fois le divorce prononcé et réalisé, il ne faut pas oublier qu'à côté de ces effets qui touchent à la personne ou à l'état des époux, la séparation comme le divorce a d'autres effets qui visent leurs intérêts pécuniaires ; qu'ainsi, en cas de séparation comme en cas de divorce, l'époux contre lequel l'action est reconnue fondée perd les avantages que lui avait faits son conjoint, soit par contrat de mariage, soit depuis le mariage contracté ; qu'il y a donc réel intérêt pour le demandeur en séparation de faire statuer sur sa demande plus ancienne, afin de bénéficier de ces prescriptions, dans l'hypothèse même où le divorce, admis ensuite contre lui à raison de ses propres torts, devrait mettre fin à la vie commune, qu'il lui est également impossible de supporter de son côté ;

» Que, bien plus, c'est un droit dont il ne peut être privé ;

» Attendu qu'il n'y a ainsi pas lieu de surseoir, comme le soutient la dame G..., à la poursuite en séparation de corps formée par son mari jusqu'à ce qu'ait été vidée la demande en divorce qu'elle a elle-même introduite postérieurement ;

» Qu'au surplus rien ne s'oppose actuellement à ce que les deux instances dont la connexité est indiscutable soient jointes et menées de front ; que si, sous l'empire de l'ancienne loi, il n'eût pas été possible de le faire à raison de la différence de procédure à suivre pour chacune de ces actions, il n'en est plus ainsi depuis que la loi du 20 avril 1886 a fixé un même mode de procéder, sauf en ce qui concerne le préliminaire de conciliation ;

» Que l'article 239 du Code civil, modifié par cette loi, l'autorise même implicitement, puisque, après avoir dé-

claré que le demandeur en divorce peut en tout état de cause transformer sa demande en divorce en demande en séparation de corps, il ajoute que les demandes reconventionnelles en divorce peuvent être introduites par un simple acte de conclusions, ce qui indique très clairement qu'une demande en séparation et une demande en divorce peuvent exister simultanément et marcher de pair;

» Que l'on ne saurait restreindre la portée de cette disposition de la loi au seul cas où la demande principale en divorce a été convertie en séparation, car on ne voit pas de raison sérieuse pour distinguer, les instances une fois engagées devant toujours se poursuivre d'après les mêmes règles;

» Que l'objection tirée de l'impossibilité, à raison de la contradiction qui en ressortirait, de prononcer par un même jugement et le divorce et la séparation, en admettant les torts réciproques des époux, n'est pas absolument sans réponse; que sans doute, au point de vue de la cessation de la vie commune, les effets du divorce et ceux de la séparation ne peuvent se concilier ; mais que si ces derniers sont illusoires quand le divorce est prononcé, ce que le juge n'aurait aucune peine à déclarer en principe, il en est autrement des effets relatifs aux intérêts pécuniaires ; qu'à cet égard donc ainsi qu'il a déjà été dit, on ne peut contester à un des époux la facilité de faire reconnaître ses propres droits, à peine de commettre un déni de justice, et le jugement qui, après avoir admis le divorce, consacrerait les effets de la séparation, n'aurait rien d'anormal ;

» Qu'enfin, il importe encore de noter que, bien que le divorce ait été prononcé, il doit, même après le jugement devenu définitif, être considéré comme nul et non avenu,

si les parties laissent expirer le délai fixé pour la transcription du jugement sur les registres de l'état civil, sans remplir cette formalité rigoureusement prescrite, auquel cas la séparation de corps pourrait reprendre tous ses effets. »

Et on retrouve la même doctrine dans différents arrêts et dans différents jugements qui n'ayant plus seulement à statuer sur une question de procédure, sur la priorité à accorder à l'une ou à l'autre action, mais sur le fond même du droit, ont prononcé simultanément la séparation de corps et le divorce à la requête respective de l'une ou de l'autre des parties. V. à cet égard, Paris, 27 juin 1888; 3 août 1886; Rouen, 7 août 1888, Riom, 1er fév. 1888; Trib. Seine, 16 janvier 1889, 16 décembre 1886; 18 février 1887, Chambéry, 7 juin 1886 et 20 avril 1886; Coulommiers, 2 juillet 1886, — et implicitement Paris, 31 décembre 1887. Voir ces différents arrêts et jugements. Coulon, *Le div. et la sép.* t. III, art. 239 et art. 248.

C'est ainsi spécialement qu'on rencontre dans le jugement rendu par le Tribunal de la Seine le 16 janvier 1888, la formule suivante : Le Tribunal prononce le divorce d'entre les époux B... à la requête de la dame B... Renvoie les parties à se pourvoir ensuite du présent jugement conformément aux dispositions de la loi du 18 avril 1886... Prononce en tant que de besoin et avec toutes les conséquences de droit la séparation de corps d'entre les époux à la requête du sieur B...

Les mêmes règles s'appliqueront au cas où à une demande en divorce l'époux défendeur opposerait une demande en séparation de corps.

Remarquons, dit M. Goirand, *op. citat.* p. 197, qu'il n'y a dans les solutions ci-dessus données aucune contra-

diction à relever avec une décision précédemment admise par nous, aux termes de laquelle un époux demandeur en divorce ne saurait conclure subsidiairement à la séparation de corps. Les deux procédures dans cette hypothèse sont intentées à la requête de la même personne ; et comme elles tendent à des effets opposés, elles ne peuvent être suivies simultanément. Dans les deux hypothèses, au contraire, envisagées plus haut, les demandes émanent de personnes différentes, l'une du demandeur, l'autre du défendeur : la procédure étant la même, rien ne s'oppose à ce qu'elles soient cumulativement poursuivies.

On ne saurait prétendre d'ailleurs qu'il y aurait contradiction à admettre à la fois la séparation de corps et le divorce, car, indépendamment des effets pécuniaires qui peuvent résulter de cette situation, il se pourrait que l'époux qui a obtenu le divorce laissât périmer le jugement faute de transcription dans les deux mois (art. 252, § 4), ce qui donnerait alors à la séparation de corps prononcée son plein et entier effet. Coulon, *Man.-form.* Nous croyons devoir ajouter à ces motifs qu'il est indispensable de statuer sur la demande en séparation pour régler le sort des frais qu'elle a entraînés. Mais dira-t-on, ces frais doivent incomber à l'époux contre lequel le divorce aura été prononcé. Cela pourrait se comprendre s'il avait répondu à la demande en divorce par une demande en séparation ; mais s'il a été le premier à intenter son action, ce serait souverainement inique, et l'autre époux ne devra les supporter que si la séparation est prononcée.

Malgré la jurisprudence et les raisons que nous venons de donner, le système contraire a été soutenu par deux excellents esprits, M. Poulle, Rec. div. Smets. 1887, p. 17 et 18, et M. Carpentier, *op. citat.* p. 119.

M. Carpentier s'exprime en ces termes : « On paraissait admettre généralement antérieurement à la loi du 18 avril 1886, que le devoir d'un tribunal saisi tout à la fois d'une demande en séparation de corps et d'une demande en divorce, était de surseoir à la solution de la demande en séparation de corps jusqu'après le jugement de la demande en divorce, tout au moins lorsque le divorce était requis par voie de conversion. Mais la solution contraire avait été déjà admise par la Cour de Paris en cas de demandes principales. Deux arguments principaux semblaient avoir déterminé l'opinion dominante. 1° La diversité de procédure établie pour chacune des deux instances ; 2° l'impossibilité où se trouverait fatalement un juge de prononcer tout à la fois le simple relâchement et la rupture définitive du lien conjugal. Depuis que la loi du 18 avril 1886 a assimilé les deux procédures, on paraît avoir perdu de vue ce dernier argument, et la tendance générale est de reconnaître aux magistrats, nonobstant les effets différents de ces deux demandes, le pouvoir de statuer sur l'une ou l'autre par un seul et même jugement, sans être tenu de surseoir, qu'on se trouve en présence de deux demandes principales ou d'une demande reconventionnelle opposée à une demande principale, dût le tribunal ne prononcer la séparation qu'éventuellement pour le cas où l'époux qui a triomphé dans son instance en divorce n'aurait pas fait transcrire en temps opportun le jugement rendu en sa faveur, ou la séparation, ne produire ses effets qu'au point de vue de la révocation des avantages matrimoniaux. On ne peut, en effet, dit-on dans ce système, priver un époux des avantages que la loi attache à la séparation, ni subordonner sa situation à la résolution adoptée par un conjoint, soit

que ce dernier n'agisse en divorce que pour neutraliser la demande en séparation de son adversaire, soit que l'ayant obtenue il néglige de s'en prévaloir. L'argument est d'autant plus sérieux que la loi en autorisant la formation d'une demande reconventionnelle en séparation à une demande en divorce a évidemment marqué qu'elle entendait que les deux actions pussent se poursuivre dans une seule et même instance. Nous croyons cependant qu'on en exagère la portée lorsqu'on pense y découvrir le pouvoir, pour le juge de statuer tout à la fois sur la séparation et sur le divorce. N'y a-t-il pas là deux solutions en réalité tout à fait inconciliables. Il ne faut pas perdre de vue que dans la loi actuelle c'est le jugement, et le jugement seul, sous une condition que nous déterminerons qui règle la situation des époux. Comment donc ces deux époux pourraient-ils être tout à la fois divorcés et simplement séparés ? — Il ne faut pas objecter qu'il y a en droit des situations aussi singulières et qu'un enfant notamment peut être légitime à l'égard de quelques-uns, naturel seulement pour d'autres. Cette solution n'est qu'une application de l'art. 1351 qui n'a rien à faire ici puisque les deux parties sont les mêmes et que tout ce qui est jugé à l'égard de l'une produit effet à l'égard de l'autre. — Il ne faut pas objecter davantage qu'il est impossible de placer un conjoint dans cette alternative, ou de perdre ses avantages matrimoniaux s'il ne réclame pas le divorce, comme son conjoint, ou de l'obliger de poursuivre un but qui peut être contraire à ses croyances religieuses. Si le divorce est prononcé contre lui, en effet, c'est qu'il est coupable, et il ne devra pas jouir du bénéfice de l'article 299; si c'est son conjoint, au contraire, qui est coupable, on refusera le divorce et il faudra bien

suivre alors sur la séparation ; enfin s'ils sont respectivement coupables, il n'y aura pas même lieu, du moins dans l'opinion générale, d'appliquer les art. 299, 300. On ne voit donc pas qu'il y ait lieu de se préoccuper de cette considération. — Enfin pourquoi le juge se soucierait-il de ce que fera ou ne fera pas le conjoint après que le jugement en divorce sera rendu ? Que lui importe en réalité qu'il transcrive ou qu'il ne transcrive pas ? Est-ce là une circonstance qui puisse modifier sa décision ?

Nous croyons donc en définitive, continue M. Carpentier, qu'en permettant au défendeur de joindre une demande reconventionnelle en séparation à une demande principale en divorce, le législateur n'a eu d'autre but que de permettre au magistrat de parvenir sans surseoir à la détermination véritable des culpabilités, c'est-à-dire au moment de rendre sa décision ; mais qu'il ne lui a pas ouvert par contre le droit incompréhensible de prononcer par un seul et même jugement le divorce et la séparation, et que la possibilité de poursuivre cumulativement les deux instances s'arrête précisément au jugement, dans le cas tout au moins où la culpabilité de l'époux défendeur en divorce est démontrée. Nous croyons en d'autres termes, que le jugement de toute demande en divorce aura pour effet de rendre inutile le jugement de toute demande en séparation, et ce qui nous confirme dans cette idée, c'est que si on commençait à l'inverse par prononcer la séparation, l'article 310 s'opposerait à ce qu'on pût en demander immédiatement la conversion en divorce.

C'est dire, d'autre part, qu'il nous paraît impossible d'attacher la moindre considération à la date respective des deux demandes. Car le principal mérite de la faculté donnée au défendeur d'agir par voie de conclusions re-

conventionnelles, consiste à lui épargner des retards de procédure et à le mettre d'un seul coup au même niveau que son adversaire. Distinguerait-on à cet égard si au lieu d'une demande principale en divorce et d'une demande reconventionnelle en séparation de corps on se trouvait, par exemple, en présence de deux demandes de divorce ou de séparation de corps : l'une principale, l'autre reconventionnelle ? Evidemment non ! Or il n'y a aucune différence de procédure entre les deux hypothèses que nous envisageons. Les seules différences qu'on puisse concevoir, ce sont celles qui tiennent au fond du droit. Ce sont donc encore les seules dont il faille tenir compte.

Quid? Si de deux époux respectivement demandeurs en divorce l'un par voie principale, l'autre reconventionnellement, un seul transforme l'instance en instance de séparation de corps, conformément à l'art. 239, § 2, ou encore si de deux époux respectivement demandeurs en séparation de corps au moment de la promulgation de la loi du 29 juillet 1884, un seul usant du bénéfice de l'article 6 de la loi du 20 avril 1886, transforme sa demande en séparation de corps en demande de divorce. Dans ces deux cas, la transformation aura lieu par un simple acte de conclusions posées à l'audience, puis la procédure étant identique pour les deux demandes, on joindra les instances et il y sera statué par un seul et même jugement ou par deux jugements séparés. Coulon, *Man.-form.* art. 306. Goirand, *op. citat.* p. 198.

Examinons enfin certaines hypothèses que nous étudierons plus complètement *infra*, chap. V, § 3. A une demande principale en divorce, l'époux défendeur répond par une demande en conversion de séparation de corps en divorce, ou bien à une demande en conversion de séparation de

corps en divorce, on oppose une demande principale en divorce. Dans ce cas, il ne peut être question de joindre les instances, car les procédures à suivre sont sensiblement différentes. Les deux demandes seront instruites séparément ; dans la deuxième hypothèse que nous avons supposée, l'époux qui a introduit la demande principale devra se soumettre au préliminaire de conciliation : lorsque les procédures respectives seront en état, le tribunal prononcera sur l'une et l'autre demande par jugements séparés. Caen, 7 juillet 1885. Trib. Lyon, 28 janvier 1886. Coulon, *op. citat.* t. III, art. 310 et 239.

A une demande en conversion de séparation de corps en divorce, l'époux défendeur oppose une demande reconventionnelle en conversion de séparation de corps en divorce. Il s'agit là d'une véritable défense à l'action du demandeur, d'une réponse directe à cette action, sur le terrain même où elle se meut.

Aussi déciderons-nous que cette demande pourra être introduite par un simple acte de conclusions, conformément à l'article 337. C. pr. civ. *Sic.* Trib. Bourges, 23 août 1884. Trib. Arras, 3 décembre 1884. Trib. Seine. 11 décembre 1884. Aix, 22 avril 1885. Poitiers, 15 décembre 1885. *Contra,* Trib. Sens, 4 décembre 1884. Voir ces jugements et arrêts, Coulon, *op. citat.* t. III, art. 310.

§ *C. Des demandes reconventionnelles.*

Nous ne nous sommes occupés jusqu'à présent que des demandes principales en divorce et en séparation de corps, nous examinerons maintenant les questions concernant les demandes reconventionnelles. Il est d'abord un principe certain à poser : les demandes reconventionnelles en di-

vorce et en séparation de corps sont recevables. — Chacun des époux a le droit d'agir en divorce et en séparation de corps quand il existe à son profit une des causes déterminées par la loi. Or s'il peut intenter une action directe et principale, pourquoi ne pourrait-il pas agir par voie de demande reconventionnelle?

Au premier abord, en matière de divorce, on pourrait croire que ce droit accordé à l'époux défendeur, ne lui sera d'aucune utilité: s'il y a une cause de divorce, le mariage ne sera-t-il pas dissous? Or n'est-ce pas là le but que se proposent les époux, lorsqu'ils forment chacun leur demande ?

Au point de vue de la dissolution même du mariage, la demande reconventionnelle n'est pas toujours sans utilité pour l'époux défendeur. Il peut arriver, et il arrive fréquemment, que lui seul soit en mesure de produire et de faire triompher la vraie cause qui doit entraîner la dissolution du mariage.

Mais c'est surtout au point de vue des conséquences juridiques de cette dissolution que la demande reconventionnelle présente de l'intérêt. La prononciation du divorce entraîne, en effet, contre l'époux qui succombe, des déchéances très graves. Nous étudierons ces déchéances quand nous traiterons des effets du divorce. La demande reconventionnelle aura pour but d'empêcher ces effets de se produire, de conjurer le danger qui menace l'époux défendeur. En formant sa demande reconventionnelle, il prend la situation même de son conjoint ; comme lui il devient demandeur, et le Tribunal saisi de leurs prétentions contraires, peut prononcer son jugement sans avoir à tenir compte de la qualité de demandeur ou de défendeur, prise devant lui par les parties, puisque l'une et l'autre remplis-

sent dans l'instance également les deux rôles ; il pourra attribuer à l'un ou à l'autre des époux ou même partager entre eux la garde des enfants et encore répartir également la charge des dépens. V. Nancy, 3 juin 1867. D. 69. 2. 230. Goirand, *op. citat.* p. 192. Coulon, *Manuel-formulaire*, 5e Edit. art. 239.

Les faits qui peuvent donner lieu à une demande reconventionnelle en divorce ou en séparation de corps doivent, par leur nature, rentrer dans les causes de divorce ou de séparation de corps, définies par la loi ; s'ils avaient un autre caractère, ils pourraient peut-être atténuer aux yeux du tribunal la gravité des reproches invoqués par le demandeur originaire, mais ils ne pourraient avoir pour conséquence de faire triompher la demande reconventionnelle. Il importerait d'ailleurs peu que les faits soient antérieurs ou postérieurs à l'introduction de la demande reconventionnelle introduite pour la première fois en appel, elle pourra, ainsi que nous le verrons plus loin, être appuyée sur des faits qui se seraient produits après le jugement du tribunal de première instance.

Ceci dit, examinons les différentes éventualités qui peuvent se produire.

Une demande reconventionnelle en divorce est opposée à une demande principale en divorce.

Les articles 239 § 3 et 248 § 4, C. civ. modifiés par la loi du 18 avril 1886, disposent que « les demandes reconventionnelles en divorce peuvent être introduites par voie de simples conclusions » (art. 239, § 3), et que « les demandes reconventionnelles en divorce, peuvent se produire en appel sans être considérées comme demandes nouvelles » (art. 248, § 4).

Aucune difficulté ne saurait donc exister en ce qui con-

cerne les demandes reconventionnelles en divorce opposées à des demandes principales en divorce. Ces demandes pourront, sans aucun doute, être introduites par voie de simples conclusions, en première instance, et même en appel.

Les règles posées par l'article 239, § 3 et par l'article 248, § 4, C. civ., sont une conséquence du principe de l'application des règles ordinaires aux procédures de divorce qui a été posé par la loi du 18 avril 1886. Elles sont venues trancher très sagement et très utilement une question qui, en cette matière, s'était élevée souvent dans la pratique: celle de savoir si une demande reconventionnelle doit nécessairement être intentée par une action principale ou peut être introduite par un simple acte de conclusions.

Sous l'empire du Code civil et de la loi du 27 juillet 1884, avant la loi du 18 avril 1886, la jurisprudence et la doctrine étaient hésitantes, et avec raison, puisque les règles générales de procédure n'étaient pas applicables en matière de divorce. M. Laurent, *op. citat.* t. III, p. 310, n° 271, fait remarquer qu'il est difficile, dans ces conditions de ne pas considérer la demande reconventionnelle comme une véritable action en divorce. « Or, les actions en divorce sont assujetties à des formes spéciales, formes d'ordre public qui doivent nécessairement être observées, parce qu'elles tendent à empêcher le divorce, en multipliant les tentatives et les occasions de réconcilier les époux. » La jurisprudence belge partage cette manière de voir. V. dans ce sens. Trib. Bruxelles, 12 juin 1852. Bruxelles, 7 août 1852. Pasic. b. 1852. 2. 339; trib. Bruges, 20 décembre 1876. Pasic. b. 1877. 3. 166. Coulon, *Le div. et la sép.* t. III, art. 239 et 248.

La jurisprudence française, après la promulgation de la loi du 27 juillet 1884 et avant la loi du 18 avril 1886, s'était prononcée en sens contraire : elle décidait que la demande reconventionnelle en divorce, constituant une simple défense à l'action principale et présentant tous les caractères de la demande incidente reconventionnelle, il y avait lieu de décider qu'elle pouvait être introduite, conformément à l'article 337. C. proc. civ. par un simple acte de conclusions. Aix, 21 mai 1885. *Gaz. Pal.* 1885. p. 782. Cass. 14 décembre 1885. *Gaz. Pal.* 1886. p. 80. V. Coulon, *op. citat.* t. III, art. 239 et 248. Carpentier, *op. citat.* p. 114, n° 82. Dalloz, C. proc. art. 879. Fuzier-Hermann, C. civ. art. 307, nos 54 et suiv. Coulon, *Manuel-formulaire*, 5e édit. art. 239. 248 et 307. Poulle. Rev. div. Smets. 1889, p. 7 ; Goirand, *op. citat.* p. 193.

Aujourd'hui, en présence des termes formels de la loi du 18 avril 1886, aucun doute n'est plus possible.

Les raisons qui ont déterminé le législateur de 1886, se trouvent reproduites dans l'exposé des motifs et dans le rapport fait à la Chambre par M. Letellier. V. Coulon, *Le div. et la sép.* t. II, p. 1re et art. 239, p. 2e.

« Le deuxième paragraphe (de l'art. 6), lisons-nous dans l'Exposé des motifs (p. 8), règle formellement ou implicitement les questions qui peuvent naître en cas de demandes reconventionnelles. A une demande en divorce l'époux défendeur peut répondre par une demande reconventionnelle en divorce. Cette demande est introduite par un simple acte de conclusions. C'est la solution, contraire à l'opinion générale, d'une question controversée. On s'accordait généralement, sous l'empire de la loi actuelle, pour décider que le défendeur devait observer les mêmes formes que s'il introduisait une demande principale. Trib.

Charleroi, 29 mars et 5 avril 1876. Mais il a paru que la conciliation ayant été tentée et n'ayant pas abouti, il était peu utile de l'exiger une seconde fois ».

« L'article 239, disait M. Letellier dans son rapport (p. 4), expose par son 3e paragraphe que les demandes reconventionnelles en divorce peuvent être introduites par un simple acte de conclusions. Il ne fait que confirmer, en cette matière, un mode de procéder généralement suivi, auquel il serait sans intérêt de déroger. A quoi bon, en effet, exiger en ce cas l'accomplissement des nombreuses formalités que comporte l'introduction d'une demande principale en matière de divorce, alors que ces formalités ont été remplies peu auparavant sur la poursuite du demandeur. Ce serait là une procédure absolument inutile ne pouvant amener d'autres résultats que d'occasionner aux parties des frais en pure perte. »

C'est ce que déclarait également M. Denormandie à la séance du Sénat du 10 décembre 1885. V. Coulon, *op. citat.* t. II, art. 239.

« M. Denormandie. — L'honorable M. de Gavardie rappelle avec raison qu'en matière ordinaire, pour simplifier la procédure et éviter des frais et des lenteurs, il est d'usage de procéder comme demande reconventionnelle par voie de conclusions. Cela se comprend et tout le monde le sait ; mais sa préoccupation vient de ce que nous sommes en une matière plus grave que les matières ordinaires, de ce qu'il s'agit de questions d'état, de divorce, de séparation de corps ; et il dit : « Vous adoptez dans cette matière si importante, si spéciale, un mode de procéder qui est beaucoup trop sommaire. » Voici ce que la commission lui répond : C'est que déjà à l'origine du débat dont il s'agit, les deux parties ont été mises en présence.

Ce qui importe dans cette matière, c'est que la forme particulière qui a été édictée par le législateur, c'est-à-dire la comparution personnelle des deux époux devant le président du tribunal ait eu lieu. Or, elle a eu lieu sur la demande de l'un des époux qui a pris l'initiative d'un débat judiciaire et qui a appelé l'autre époux devant le président. On s'est expliqué devant le magistrat. Le président a fait sur l'esprit de l'un et l'autre époux les efforts les plus grands pour amener la réconciliation. Il n'a pas réussi. L'époux qui a pris l'initiative de cette comparution forme sa demande principale, le procès se suit. Quelle est la position du défendeur ? La voici : elle est très claire. Il s'est, simplement, pendant un certain temps, borné à se défendre ; mais quand il voit que le procès se prolonge, que le demandeur ne veut pas entendre les paroles de paix et de conciliation ; lorsque lui-même il a pu découvrir certaines circonstances, qui le rendent désireux d'arriver de son côté à la séparation de corps ou au divorce, il forme alors une demande reconventionnelle. Pourquoi donc obligerait-on dans ce cas le défendeur à former une nouvelle demande principale entre ces mêmes parties, qui ont déjà, six mois ou un an auparavant, comparu devant le président, lequel a entendu leurs explications ? Ce serait là une procédure inutile, entraînant des frais en pure perte, parce que, je le répète, les préliminaires de conciliation ont eu lieu, et que la tentative de rapprochement a été faite à l'occasion de la première demande. » Une demande reconventionnelle en séparation de corps est opposée à une demande principale en séparation de corps.

Il faut décider dans cette hypothèse, comme dans la précédente, que la demande reconventionnelle en sépara-

tion de corps opposée à une demande principale en séparation de corps peut être introduite par voie de simples conclusions, et qu'elle peut se produire même en appel sans être considérée comme demande nouvelle. Il s'agit là de deux demandes soumises à la même procédure et ayant le même objet et les mêmes conséquences. On ne voit donc pas pourquoi une solution contraire pourrait être admise. Ce qui est possible quand il s'agit d'une demande reconventionnelle en divorce opposée à une demande principale en divorce doit l'être également et pour les mêmes motifs, quand il s'agit d'une demande reconventionnelle en séparation de corps opposée à une demande principale en séparation de corps, La procédure est même, dans l'une et l'autre hypothèse, pour les deux demandes, et il est logique que les mêmes règles produisent les mêmes conséquences.

Avant le rétablissement du divorce, sauf de très rares exceptions, la jurisprudence et la doctrine admettaient que la demande reconventionnelle en séparation de corps opposée à une demande principale de même nature pouvait être formée par voie de simples conclusions, sans être soumise au préliminaire de conciliation. Cass. 2 décembre 1873. S. 75. I. 126. Cass, 10 décembre 1872. S. 72. I. 413. Aubry et Rau, 4e Edit. t. V, § 493. Dalloz, Rep. V° *Sép. de corps*, n° 116. Poulle, Rec. div. Smets. 1889, p. 10.

La jurisprudence décidait également que la demande reconventionnelle en séparation de corps n'étant qu'une demande incidente et qu'une défense à l'action formée par le demandeur principal et tendant au même but, à savoir la cessation de la vie conjugale, pouvait être formée, dans les termes de l'article 464. C. pr. civ., pour la première

fois en appel. Nancy, 21 janvier 1858. S. 58. 2. 75. Nancy, 16 décembre 1859. S. 60. 2. 272. Toulouse, 7 décembre 1882. S. 83. 2. 15. Poulle, Rec. div. Smets. 1889, p. 10. Demolombe, *du Mariage*, t. II, n. 437. Laurent, *op. citat.* t. III, p. 310. *Contra.* Angers, 8 avril 1840. S. 40. 2. 411. Paris, 21 août 1868. S. 68, 2. 352. Aubry et Rau, t. V, § 492.

Les travaux préparatoires de la loi du 18 avril 1886, et la loi du 18 avril 1886 elle-même (art. 307, C. civ.) viennent confirmer cette manière de voir.

C'est ainsi que l'article 6, § 2, du projet de loi sur la procédure du divorce (art. 239, § 3, actuel) portait que « les demandes reconventionnelles en divorce ou en séparation de corps peuvent être introduites par un simple acte de conclusions ». L'article 239, § 3, C. civ., modifié, ne contient plus les mots : « ou en séparation de corps », mais cette suppression se trouve justifiée par ce fait que l'article 307, C. civ., modifié par la loi du 18 avril 1886, a déclaré les articles 236 à 244, C. civ., et par conséquent l'article 239, § 3, applicables à la séparation de corps. L'article 307, C. civ. est ainsi conçu : « Elle (la séparation de corps) sera intentée, instruite et jugée de la même manière que toute autre action civile ; néanmoins les articles 236 à 244 lui seront applicables ; etc... »

Il est vrai que l'article 248, C. civ., modifié, dont le paragraphe 4 déclare que « les demandes reconventionnelles peuvent se produire en appel sans être considérées comme demandes nouvelles », ne se trouve pas visé par l'article 307, C. civ., mais cette omission est sans importance, et elle s'explique par ce fait, que les articles de la nouvelle loi sur la procédure que l'article 307, C. civ., n'a pas déclarés applicables à la séparation de corps, contiennent des

règles qui par leur nature et leur objet, ne concernent, en principe, très certainement que le divorce. Poulle, Rec. div. Smets. 1889. p. 11. Une demande reconventionnelle en séparation de corps est opposée à une demande principale en divorce.

D'abord cette demande peut-elle être formée par voie de simples conclusions ?

D'après un premier système, la demande reconventionnelle en séparation de corps opposée à une demande principale en divorce ne peut être formée par voie de simples conclusions. Les demandes en séparation de corps et les demandes en divorce, constituent deux sortes de demandes distinctes par leur caractère et par leur but, et soumises, à raison de leur nature et de leurs conséquences différentes à des procédures particulières ; on en conclut qu'elles ne peuvent être présentées concurremment dans une même instance. Sans doute, aux termes de l'article 239, § 2. C. civ., modifié par la loi du 18 avril 1886, le demandeur peut, en tout état de cause, transformer sa demande en divorce, en demande en séparation de corps, mais il n'en résulte pas que le défendeur soit fondé à répondre, par voie de simples conclusions, à une demande en divorce par une demande en séparation de corps et réciproquement. Dijon, 27 juillet 1888. Coulon, *op. citat.* t. III, art. 239. On invoque, en outre dans ce premier système, les discussions qui ont eu lieu au Sénat, lors du vote de la loi du 18 avril 1886. V. Coulon, *op. citat.* t. II, art. 239 et 248 et notamment certaines paroles prononcées par M. Labiche à la séance du 22 décembre 1885, en réponse à M. de Gavardie.

M. Labiche. « Messieurs, on cherche à remettre en question, à propos de chacune des expressions employées

dans le projet, tous les principes du droit. Il est cependant bien certain, pour tous les jurisconsultes, qu'une demande en divorce ne peut jamais être considérée comme reconventionnelle sur une demande en séparation de corps. La demande en séparation de corps et la demande en divorce sont des demandes absolument différentes, et on ne peut, sous le titre de demande reconventionnelle, greffer l'une sur l'autre en appel ; au contraire, il est conforme à tous les principes que, quand un époux a formé une demande en divorce en première instance ou en appel, l'autre partie puisse former à son tour une demande reconventionnelle. Sur quoi ? Sur ce qui a fait le fond du débat, c'est-à-dire sur le divorce lui-même.

» Au contraire, si une demande en séparation de corps a été formée en première instance, rien n'empêche qu'en appel l'époux défendeur ne réponde par une demande reconventionnelle en séparation de corps.

» Je n'ai pas à rappeler aux jurisconsultes qui siègent dans cette enceinte que les principes du droit ne permettent pas qu'une demande reconventionnelle porte sur autre chose que sur ce qui a fait le fond du débat en première instance. Je suis fâché d'être obligé d'insister sur ces principes qui me paraissent élémentaires. »

Ce système, dit M. Poulle, Rec. div. Smets. 1889. p. 14, dont nous partageons la manière de voir, est inadmissible, et, à notre avis, il nous paraît logique de décider qu'une demande reconventionnelle en séparation de corps opposée à une demande principale en divorce peut être formée par voie de simples conclusions. Il n'est pas juste de dire, en effet, qu'il s'agit là de demandes qui, distinctes par leur nature et par leur but, sont soumises à des procédures différentes. Avant la loi du 18 avril 1886 cette objection était

exacte et elle pouvait être faite : mais, depuis la promulgation de cette loi, il n'en est plus de même, puisque cette loi a unifié la procédure et posé des règles applicables au divorce comme à la séparation de corps. En outre, s'il est vrai de dire que le divorce rompt le lien conjugal que la séparation de corps ne fait que relâcher, il ne faut pas oublier que si les demandes en séparation de corps et en divorce sont distinctes par leur caractère et par leur but, elles sont motivées par les mêmes causes, les causes de divorce étant les mêmes que les causes de séparation de corps. Lorsque la cause invoquée existe en fait et est assez grave pour justifier une demande en séparation de corps, elle l'est en même temps pour justifier une demande en divorce : le demandeur a le choix entre le divorce et la séparation de corps ; mais, ce choix une fois fait, dès que la cause invoquée est justifiée et présente une réelle gravité, il doit être fait droit à la demande formée. Les magistrats n'ont pas à rechercher s'il s'agit d'une demande en divorce ou d'une demande en séparation de corps, si leur décision aura pour effet de rompre ou simplement de relâcher le lien conjugal qui unit les deux parties en cause, mais simplement si la demande dont ils sont saisis, est ou n'est pas fondée.

Puis, à quoi aboutit-on avec le premier système ? S'il n'est pas possible, par voie de simples conclusions, d'opposer une demande reconventionnelle en séparation de corps à une demande principale en divorce, qu'arrivera-t-il fatalement ? Il ne faut pas oublier qu'en tout état de cause, le demandeur en divorce, qu'il s'agisse d'une demande principale ou d'une demande reconventionnelle, peut, aux termes de l'article 239, § 2, C. civ., transformer sa demande primitive en demande en séparation de corps ; en outre, à

une demande principale en divorce, le défendeur peut toujours opposer, par voie de simples conclusions, même en appel, une demande reconventionnelle de même nature. Il est facile de voir ce qui se produirait fatalement, nécessairement, si le premier système venait, par impossible, à triompher. Pour échapper aux conséquences de cette jurisprudence, il suffirait d'avoir recours aux articles, 239, § 2 et 248, § 4, C. civ., modifiés : le défendeur formerait, par voie de conclusions, une demande reconventionnelle en divorce, puis, usant de la faculté que lui accorde l'article 239, § 3, précité, il transformerait sa demande en divorce en demande en séparation de corps. En tournant la loi par un moyen très simple et en même temps absolument légal, tout conjoint arriverait indirectement et valablement à opposer, en appel comme en première instance, par voie de simples conclusions, une demande reconventionnelle en séparation de corps à une demande principale en divorce.

L'article 239, § 3, C. civ., en déclarant que « les demandes reconventionnelles en divorce peuvent être introduites par un simple acte de conclusions » nous fournit encore un argument, car s'il est possible de former une demande reconventionnelle en divorce, en réponse à une demande principale de même nature, par voie de simples conclusions, on ne voit pas pourquoi il ne serait pas possible d'introduire par le même moyen de procédure une demande reconventionnelle en séparation de corps : qui peut le plus (le divorce), doit évidemment pouvoir le moins (la séparation de corps).

La jurisprudence se prononce dans ce sens. Trib. Seine, (4e Ch). 16 janvier 1888. Trib. Chambéry, 7 juin 1886. Chambéry, 20 mars 1888. V. Coulon, *op. citat.* t. III, art. 239.

Les travaux préparatoires de la loi du 18 avril 1886 ne font, du reste, que confirmer notre opinion.

Les paroles prononcées par M. Labiche au Sénat, en réponse à une question de M. de Gavardie, et invoquées par le système que nous combattons, ont une tout autre portée que celle qu'on voudrait leur donner. La lecture des débats parlementaires prouve jusqu'à l'évidence qu'il s'agissait, non pas de proscrire toute demande reconventionnelle en séparation de corps opposée à une demande principale en divorce, mais de ne pas rendre l'article 239, §§ 2 et 3, C. civ., applicable à une hypothèse absolument différente, c'est-à-dire de proclamer l'impossibilité pour l'un des conjoints d'introduire, par voie de simples conclusions, en réponse à une demande principale en séparation de corps, une demande reconventionnelle en divorce. V. *supra* et aussi Coulon, *op. citat.* t. II, art. 239 et 248.

L'exposé des motifs de la loi du 18 avril 1886 est très net sur le point que nous venons d'examiner. « Quand, à une instance en divorce, le défendeur répond par une demande reconventionnelle en séparation de corps, cette demande pourra être introduite par simple acte de conclusions. » Coulon, *op. citat.* t. II, 1re partie.

« De même, lisons-nous dans le rapport fait à la Chambre des députés par M. Letellier, il est bien entendu que le défendeur à une demande en divorce pourra répondre à cette demande par une demande reconventionnelle en divorce ou, *à fortiori*, par une demande en séparation de corps, par le motif que, qui peut le plus peut le moins, suivant l'expression employée par l'honorable M. Denormandie devant le Sénat, et que cette dernière demande sera moins grave au point de vue de ses effets et de ses ré-

sultats, si elle doit être accueillie, que la demande reconventionnelle en divorce. »

Les paroles auxquelles il est fait allusion par M. Letellier ont été prononcées, à la séance du Sénat du 10 décembre 1885 par M. Denormandie, pour justifier et faire adopter le paragraphe 2 de l'article 239, C. civ., qui permet au demandeur en divorce, en tout état de cause, de transformer sa demande en divorce en demande en séparation de corps. « Lorsqu'un époux, disait M. Denormandie, a formé une demande en divorce, il peut, au cours de l'instance, se borner à demander la séparation de corps, parce que, *qui peut le plus peut le moins.* » Coulon, *op. citat.* t. II, art. 239 et 248.

Ces motifs doivent conduire à proclamer la recevabilité d'une demande reconventionnelle en séparation de corps, opposée à une action principale en divorce. Le défendeur à une action principale en divorce qui peut toujours, par voie de simples conclusions, former une demande reconventionnelle de même nature, doit, *a fortiori*, être déclaré recevable à former une demande reconventionnelle en séparation de corps. Dans le même sens, Carpentier, *op. citat.* p. 117, n. 84. Vraye et Gode, *op. citat.* t. I, n. 394. Poulle, *op. citat.* p. 155. Coulon, *Manuel-Formulaire*, 5e édit. art. 239 et 248.

Une demande reconventionnelle en séparation de corps peut-elle être opposée à une demande principale en divorce en appel comme en première instance ? L'affirmative doit être admise, à notre avis, pour les raisons que nous avons indiquées dans le paragraphe précédent. Le défendeur pouvant, en effet, par voie de simples conclusions, même en appel, former une demande reconventionnelle en divorce, si on lui interdisait de former par le même moyen,

en appel, une demande reconventionnelle en séparation de corps, rien ne lui serait plus facile que d'obtenir ce résultat en usant successivement des moyens de tourner la loi qu'il trouverait dans la loi elle-même. Le défendeur demanderait d'abord le divorce, puis il transformerait sa demande primitive en demande en séparation de corps. Il est donc bien plus simple et plus logique de lui permettre d'obtenir directement et immédiatement ce qu'il pourrait sans aucun doute obtenir légalement, mais par ce moyen détourné. Poulle, Rec. Div. Smets. 1889. p. 20. Riom, 1er février 1888. Coulon, *op. citat.* t. III, art. 248. L'opinion contraire est soutenue par MM. Vraye et Gode, t. I, p. 424, dans les termes suivants :

« Les demandes reconventionnelles de divorce sont recevables en appel. L'article 248 du Code civil le déclare en termes exprès. Mais il ne faut pas oublier que ce dernier article est spécial au divorce. La question de savoir si les demandes reconventionnelles en séparation de corps sont recevables en appel doit donc être résolue d'après les principes du droit commun.

» D'après les principes, elles seront recevables si on les considère comme de simples défenses à l'action principale ; elles ne le seront pas, si l'on y voit une demande nouvelle.

» Pour nous, la demande reconventionnelle soit en divorce, soit en séparation de corps est toujours une demande nouvelle, c'est la conséquence de la solution que nous avons proposée dans la théorie sur la compensation des torts respectifs des époux. On ne pourrait donc, sans violer l'article 464 du Code de Procédure civile, décider, à moins d'une dérogation formelle à cet article, qu'une demande de cette nature est recevable pour la première fois en appel.

Pour les demandes reconventionnelles en divorce, la dérogation existe dans l'article 248 du Code civil et nous avons dû nous incliner, bien qu'à regret, devant ce texte formel.

« Quant aux demandes reconventionnelles en séparation, nous déciderons, au contraire, qu'elles ne sont pas recevables en appel. Ce n'est que la stricte application du droit commun. La question avait été agitée déjà avant le rétablissement du divorce, et des décisions contradictoires avaient été rendues. Voyez dans notre sens : Paris, 21 août 1868. S. 68. 2. 362. Agen, 8 avril 1840. S. 40. 2. 411. Aubry et Rau, 4e Edit. t. V. p. 188. Laurent, *op. citat.* t. III, n° 342. Le Senne, *op. citat.* p. 230. *Contra.* Cass. reg. 14 décembre 1885. *La loi* du 15 déc. 1885. Angers, 27 avril 1880. S. 80. 2. 132. Nancy, 16 déc. 1859. S. 60. 2. 272. Nancy, 21 juin 1858. S. 58. 2. 75. Demolombe, *Mariage*, t. II, n° 437. Comp. Carpentier. *op. citat.* n° 98.

» Comme on le voit par ces citations, auxquelles il faut joindre de nombreux arrêts antérieurs à la loi du 18 avril 1886 et d'après lesquels la demande reconventionnelle en séparation de corps pouvait être introduite en première instance sans recourir au préliminaire de conciliation comme constituant un moyen de défense à la demande principale, notre doctrine est condamnée par la majorité des arrêts.

» Le motif invoqué contre notre opinion, continuent MM. Vraye et Gode, c'est que la demande reconventionnelle n'est qu'une demande incidente, qu'une défense à l'action principale ; encore, les décisions ne vont-elles pas jusqu'à affirmer nettement que la demande reconventionnelle soit une véritable défense à l'action principale. On indique seulement qu'elle est une sorte de défense, qu'elle n'est en

réalité qu'une défense, qu'elle peut être une défense nécessaire et péremptoire. A la vérité, l'arrêt de Nancy du 21 janvier 1858 proclame bien que la demande reconventionnelle en séparation de corps est une défense à l'action principale, mais cet arrêt est rendu dans une espèce où la demande de séparation était introduite par une femme, reconventionnellement à une demande en réintégration du domicile conjugal formée par le mari. Il serait fort difficile de justifier par une bonne raison le motif sur lequel s'appuient ces décisions. M. Demolombe (*Mariage*, t. II, n° 436), semble cependant l'avoir tenté. Suivant lui, le droit de former une demande reconventionnelle en séparation de corps est une faculté qui résulte du droit commun.

» Nous l'admettons très volontiers, mais à la condition que cette faculté s'exerce dans les limites mêmes du droit commun. Or, en droit commun, une demande reconventionnelle n'est recevable en appel que si elle est un moyen de défense à l'action principale. En quoi une demande reconventionnelle en séparation de corps peut-elle être une réponse et surtout une défense à la demande originaire? A-t-elle pour but de faire rejeter celle-ci ? Assurément non, puisqu'il peut arriver que la demande principale et la demande reconventionnelle soient toutes deux accueillies et que le divorce ou la séparation soit prononcé à la fois contre les deux époux. Si la demande reconventionnelle était un moyen de défense, les juges, en l'accueillant, devraient nécessairement rejeter la demande principale.

» Dira-t-on que le demandeur reconventionnel peut tirer parti des torts de son conjoint et des griefs qu'il allègue contre lui pour établir une sorte de compensation qui ferait rejeter la demande principale? Non encore. Nous avons

vu que la réciprocité des torts ne pouvait être invoquée en principe pour résister à une demande de divorce ou de séparation et que s'il y a torts réciproques, c'est à plus forte raison le cas de prononcer le divorce ou la séparation contre les deux époux. D'ailleurs, même en adoptant la théorie contraire, la demande reconventionnelle ne serait pas encore une défense à l'action principale ; le moyen de défense serait les griefs allégués contre le demandeur principal et non pas la demande reconventionnelle. Cette demande et les griefs sont deux choses distinctes et l'on peut très bien articuler des griefs comme moyen de défense, sans pour cela former de son côté une demande en séparation de corps.

»Toutefois, on ne saurait méconnaître que l'opinion combattue par nous est fortifiée par la loi du 18 avril 1886. Cette loi permet d'introduire, en appel une demande reconventionnelle en divorce, par voie de simples conclusions. Il peut donc paraître irrationnel de refuser au défendeur, le droit d'opposer également, en appel, à la demande en divorce, une demande reconventionnelle en séparation de corps. Ces motifs sont assurément très puissants. Mais nous ne croyons pas pouvoir fléchir devant la rigueur des principes. La disposition qui autorise la demande reconventionnelle de divorce en appel est une disposition exceptionnelle et dérogative du droit commun, qu'on ne peut étendre par voie d'analogie.

» Mais, nous objectera-t-on, votre système vous oblige à admettre, en appel, la demande reconventionnelle en divorce opposée à une demande en séparation et à rejeter la demande reconventionnelle en séparation quand elle est opposée à une demande principale de même nature ! L'objection, nous le reconnaissons, ne laisse pas que d'être em-

barrassante, et les règles généralement admises par la jurisprudence nous font craindre que notre solution ne soit pas appelée à prévaloir. Nous la maintenons cependant, comme nous l'avons dit, par respect pour les principes.

» En résumé, notre doctrine conduit aux résultats suivants :

» S'agit-il d'une demande principale de divorce en instance d'appel ? la demande reconventionnelle de divorce sera recevable ; la demande reconventionnelle en séparation de corps ne le sera pas.

» S'agit-il, au contraire, d'une demande principale en séparation de corps en instance d'appel ? La demande reconventionnelle de divorce, sera recevable, tandis que la demande reconventionnelle de séparation devra être écartée. »

Une demande reconventionnelle en divorce est opposée à une demande principale en séparation de corps. *Quid*?

Nous pensons, avec l'unanimité de la doctrine et de la jurisprudence, qu'une semblable demande ne peut pas être introduite par voie de simples conclusions. Que l'on décide le contraire quand il s'agit d'une demande en divorce ou en séparation de corps opposée à une demande de même nature ; que l'on applique cette solution, même lorsqu'il s'agit d'une demande en séparation de corps opposée à une demande principale en divorce, rien de mieux ; nous avons montré que la loi du 18 avril 1886, dans son esprit et dans sa lettre, commandait une semblable interprétation. Ici, dans cette nouvelle hypothèse, c'est une solution contraire qui doit prévaloir, et cette solution ne saurait être sérieusement contestée. Les principes du droit, les travaux préparatoires de la loi du 18 avril 1886 ne laissent subsister aucun doute.

« On peut supposer, lisons-nous dans l'exposé des mo-

tifs, V. Coulon, *op. citat.* t. II, 1re partie, qu'à une demande en séparation de corps le défendeur réponde en demandant le divorce. Dans ce cas, qui n'est plus prévu par le deuxième paragraphe de l'article 6, les formes ordinaires doivent être observées pour la seconde demande. Il y a en réalité deux demandes principales. La procédure spéciale à chacune d'elles doit être suivie. L'instance est introduite, et, quand les deux affaires seront en état, le Tribunal pourra statuer par un seul et même jugement. »

« La disposition des articles 239 et 248 disait M. Letellier, dans son rapport, V. Coulon, *op. citat.* t. II, 1re partie, portant que les demandes reconventionnelles peuvent être formées, même en appel, sans être considérées comme demandes nouvelles, a été critiquée comme laissant dans le doute le point de savoir si une demande en divorce pouvait se produire reconventionnellement et en réponse à une demande en séparation de corps. Peut-être eût-il été bon que cela pût se faire par les raisons mêmes que nous venons de donner. Nous n'avons pas à résoudre ici la question de savoir si le texte de ces articles laisse un doute sur la question indiquée ci-dessus. Il semble que la demande en divorce, étant de toute autre nature que la demande en séparation de corps, ne peut, dès lors, lui servir de réponse, même quand la demande en séparation avait été originairement introduite sous forme de demande en divorce, convertie en demande en séparation avant l'introduction de la demande reconventionnelle. Des explications ont été données devant le Sénat : il suffira qu'elles soient rappelées ici sans qu'il soit nécessaire de modifier l'article 248. »

M. Labiche fit, dans le même sens, au Sénat à la séance du 23 décembre 1885, des déclarations aussi nettes que

concluantes. V. Coulon, *op. citat.* t. II, art. 239 et 248. V. aussi, *supra*.

M. Denormandie n'était pas moins précis, et voici ce qu'il déclarait à la séance du Sénat du 10 décembre 1885. Coulon, *op. citat.* t. II, art. 239.

« L'honorable M. de Gavardie s'est préoccupé du point de savoir si l'on pouvait comme défendeur, étant en présence d'une demande de séparation de corps, former reconventionnellement une demande en divorce. Le texte de notre projet de loi répond à ses préoccupations.

» Les demandes reconventionnelles en divorce peuvent être introduites par un simple acte de conclusions. Qu'est-ce que cela veut dire? que lorsque par exemple un mari est l'objet d'une demande en divorce, il peut demander de son côté le divorce par voie de conclusions ; que lorsqu'il est l'objet d'une demande en séparation de corps, il peut par la même voie rapide et économique demander reconventionnellement la séparation de corps, mais nous n'admettons pas cette sorte d'enchevêtrement de procédure dont parle l'honorable M. de Gavardie. »

Cette solution, dit M. Poulle, Rec. div. Smets 1889. p. 31, est en outre, commandée par les principes du droit, qui ne permettent pas d'opposer à une demande principale une demande reconventionnelle, qui ne ressemble à la demande principale ni dans son objet, ni dans ses conséquences, ni dans la procédure à suivre. On comprend qu'à une demande principale en divorce on puisse opposer une demande reconventionnelle en séparation de corps. Une demande en séparation de corps se trouve toujours virtuellement comprise dans une demande en divorce, mais la réciproque n'est certes pas vraie.

Puis, il est de principe qu'une demande ne peut être op-

posée à une autre demande, à titre de demande reconventionnelle, quand elle ne se trouve pas comprise dans la demande primitive, c'est-à-dire quand elle ne peut pas lui être opposée comme moyen de défense, et à titre de réponse. Or, c'est bien ce qui se présente dans le cas où une demande en divorce est opposée à une demande principale en séparation de corps : il s'agit alors de deux demandes, qui diffèrent non seulement en ce qui concerne la procédure à suivre, tout au moins pour introduire l'une et l'autre demande, mais encore en ce qui concerne l'objet qu'elles poursuivent et les conséquences qui en résultent.

Cette solution n'est pas douteuse, et il résulte très certainement, tant des débats qui ont eu lieu au Sénat, que de l'exposé des motifs de la loi du 18 avril 1886. V. Coulon, *op. citat.* t. II, 1re partie et 2e partie, art. 239 et 248, que l'art. 239, § 3, C. civ., doit cesser d'être applicable dans notre hypothèse, et qu'il faut suivre les formes ordinaires de procédure pour introduire cette seconde demande. Alors, en réalité, il y a deux demandes principales, et la procédure spéciale à chacune d'elles doit être appliquée. Les principes du droit ne permettent pas, en effet, qu'une demande reconventionnelle puisse porter sur autre chose que sur ce qui a fait l'objet de la demande principale. L'instance sera donc introduite séparément pour chacune de ces demandes, sauf au Tribunal, lorsque les deux instances seront en état, à fondre les deux procédures et à statuer par un seul et même jugement. V. *supra* Demandes parallèles. V. Coulon, *Man. form.* 5e édit. art. 239. Poulle, *op. citat.* p. 155 et p. 30. Vraye et Gode, *op. citat.* t. I, p. 428. Trib. Lorient, 6 avril 1887. Trib. Marseille, 12 nov. 1886. Trib. Seine, 28 février 1888. V. Coulon, *op. citat.* t. III, art. 239.

Nous venons de décider que lorsque, à une demande principale en séparation de corps, le défendeur répond par une demande reconventionnelle en divorce, l'article 239, § 3, C. civ., n'est pas applicable. Or, il peut arriver ceci : le demandeur a d'abord introduit une demande principale en divorce, puis il l'a, conformément à l'article 239, § 2, C. civ., transformée en demande en séparation de corps. Cette conversion peut-elle avoir une influence sur la demande reconventionnelle en divorce introduite par le défendeur à l'action principale ? Oui, évidemment, mais une distinction doit être faite, et il faut tenir compte du moment où cette conversion intervient.

La conversion intervient-elle avant l'introduction de la demande reconventionnelle, alors, sans aucun doute, l'article 239, § 3, C. civ., ne pourra être suivi par l'introduction de la demande reconventionnelle en divorce, parce qu'il s'agira alors d'opposer une demande en divorce à une demande principale en séparation de corps. — La conversion intervient-elle, au contraire, après que la demande reconventionnelle a été formée, alors cette conversion sera sans influence sur la procédure reconventionnelle qui, si elle a été introduite par voie de simples conclusions, aura été valablement formée.

Ces solutions se justifient d'elles-mêmes, et il est inutile d'insister. Poulle, Rec. div. Smets. 1889, p. 34. Une demande en conversion de l'article 310 C. civ. est opposée à une demande de même nature : *quid* ?

Il s'agit, en réalité, de deux demandes de divorce, et il y a lieu de suivre les règles que nous avons indiquées *supra* dans ce cas. Nous entrerons d'ailleurs dans plus de détails sur cette question, *infra*, Ch. V, § 3. Cette demande reconventionnelle en conversion pourra très cer-

tainement être introduite, par voie de simples conclusions, même en appel. Paris, 21 janvier 1886. Trib. Compiègne, 20 avril 1887. Coulon, *op. citat.* t. III, art. 310.

Une demande reconventionnelle en conversion est opposée, par l'époux qui a obtenu la séparation, à une demande principale en divorce formée par l'époux défendeur à la séparation de corps : ou, une demande reconventionnelle en divorce est opposée par l'époux défendeur à la séparation de corps à une demande principale en conversion introduite par l'époux qui a obtenu la séparation de corps à son profit. *Quid* ?

Sans aucun doute, dans les deux hypothèses, la demande reconventionnelle en conversion ou en divorce pourra être introduite par voie de simples conclusions, en première instance et même en appel. Ce n'est là que l'application normale et logique des principes que nous venons de poser et de discuter. V. aussi *infra*. Ch. V, § 3. *Sic*, Poulle, Rec. div. Smets. 1889. p. 35. Coulon, *Manuel-formulaire*, 5e Edit. art. 310. Carpentier, *op. citat.* p. 204 et 206. Depeiges, *op. citat.* p. 93

§ 4. *De l'enquête et de la contre-enquête.*

D'après la doctrine et la jurisprudence, il faut admettre en matière de divorce ou de séparation de corps, ainsi que nous l'avons dit *supra* (section II et section III) tous les modes de preuve auxquels on peut recourir dans les affaires intéressant l'ordre public, c'est-à-dire, l'*aveu*, le *témoignage*, et les *présomptions*.

L'*aveu* sera tantôt *verbal*, lorsque par exemple, il est fait en justice ; tantôt *écrit*, s'il résulte, soit des lettres émanant de la partie défenderesse, soit des conclusions

prisès par cette partie. En règle générale, et il ne sera pas, dans notre matière, tenu compte des aveux du défendeur, à moins que les circonstances particulières de la cause ne laissent subsister aucun doute au sujet de la sincérité de ces aveux et ne démontrent qu'aucune collusion entre conjoints n'est à craindre.

Si le juge estime qu'il ne dispose pas d'éléments d'appréciation suffisants pour former sa conviction, et que partant il y a lieu de recourir au *témoignage*, les témoins devront être entendus conformément aux dispositions légales sur la matière que nous allons exposer, et un procès-verbal d'enquête n'aura de force probante comme tel, que si toutes les formes prescrites à peine de nullité, ont été observées.

Mais il serait frustratoire d'ordonner une enquête, s'il existait au procès des *présomptions* réunissant les conditions exigées par le Code civil au titre des obligations. La preuve testimoniale étant admise en matière de divorce, la preuve par *présomptions* sera possible également ; et ces présomptions seront tantôt des présomptions légales, résultant, par exemple, de la production d'un jugement, passé en force de chose jugée, condamnant un des conjoints du chef d'adultère, tantôt des présomptions de fait ou de l'homme et dans ce dernier cas, il faut qu'elles soient graves, précises et concordantes. Le point de savoir si ces présomptions sont graves, précises et concordantes est abandonné aux lumières et à la prudence du juge.

Il peut donc se faire que la demande ne s'établisse pas *de plano* : dans ce cas, à défaut d'autres modes de preuve, et pourvu que les faits invoqués soient pertinents, le demandeur pourra avoir recours à la preuve testimoniale. L'article 245, C. civ., modifié, est ainsi conçu : « Lorsqu'il

y a lieu à enquête, elle est faite conformément aux dispositions des articles 252 et suivants du Code de procédure. — Les parents, à l'exception des descendants, et les domestiques des époux peuvent être entendus comme témoins. »

« L'article 245 § 1er, dit l'Exposé des motifs, V. Coulon, *Le div. et la sép.* t. II, 1re partie, opère une réforme considérable dans la procédure de divorce, et décharge les tribunaux d'une obligation qui, depuis la promulgation de la loi, a constitué une entrave à l'administration de la justice. Désormais, les enquêtes auront lieu en la forme ordinaire (252 et suiv. C. proc. civ.). C'est-à-dire que le tribunal entier n'assistera pas à l'enquête, celle-ci sera faite devant un seul magistrat.

Sans doute, si le tribunal désire s'éclairer particulièrement, s'il veut apprécier par lui-même la valeur de certaines dépositions, confronter les parties, il pourra ordonner telle mesure qu'il jugera nécessaire, notamment une comparution personnelle à l'audience ; c'est le droit commun. Mais ce seront là des faits exceptionnels. En principe, un juge-commissaire unique suffit pour mener à bien l'enquête. »

« Les art. 252 et 253, disait M. le rapporteur au Sénat, V. Coulon, *op. citat.* t. II, art. 245, ordonnent l'enquête à l'audience et par le tribunal. Cette disposition n'a aucune utilité et produit souvent des résultats regrettables ; de plus, elle constitue pour le tribunal une perte de temps considérable qui n'est compensée par aucun intérêt. C'est, en outre, un mode de procéder détestable à cause de l'intervention des conseils ou amis autorisés par l'art. 253 à assister aux dépositions des témoins. Bien souvent les enquêtes sont converties en scènes de récriminations, et l'au-

torité du magistrat est parfois insuffisante pour ramener le calme. Aussi, loin de faciliter un rapprochement, cette présence de conseils ou d'amis est une cause de conflit pendant et après l'enquête. La forme de l'enquête édictée par le Code de procédure est bien plus simple et moins onéreuse: elle offre tout autant de garanties et elle a, en outre, le grand avantage d'assurer le secret sur lequel il n'est pas possible de compter avec la disposition de l'art. 252. »

L'enquête doit être faite « conformément aux dispositions des art. 252 et suivants du Code de procédure, » c'est-à-dire conformément aux règles prescrites par le Code de procédure pour les enquêtes ordinaires. Il suffira de se reporter à ces articles. Nous n'insisterons ici que sur certaines règles qui sont spéciales à notre matière.

Une première question, on s'est demandé si un tiers diffamé ou injurié par des discours ou des écrits produits au cours d'un procès en divorce ou en séparation de corps, et spécialement le tiers désigné par les articulations de la demande comme le complice de la femme, pouvait obtenir le droit d'assister aux enquêtes. La Cour de Caen, à la date du 15 juillet 1885, S. 86. 1. 164, a refusé ce droit d'assister aux enquêtes, mais a décidé que ce tiers pouvait intervenir au procès pour demander des dommages-intérêts et la suppression des écrits injurieux ou diffamatoires. *Sic.* Rennes, 30 mai 1876. S. 76. 2. 204; Cass. 2 juillet 1866. S. 66. 1. 316 ; Cass. 10 février 1869. S. 69. 1. 357 ; Poulle, *op. citat.* p. 161.

Le deuxième paragraphe de l'article 245 est ainsi conçu : « les parents, à l'exception des descendants, et les domestiques des époux peuvent être entendus comme témoins. » C'est là une dérogation aux articles 268 et 283 du Code de procédure civile.

Aux termes de l'article 268, nul ne peut être assigné comme témoin, s'il est parent ou allié en ligne directe de l'une des parties ou son conjoint même divorcé.

D'après l'article 283 du même Code, peuvent être reprochés les parents ou alliés de l'une ou de l'autre des parties jusqu'au degré de cousin issu de germain inclusivement, les parents et alliés des conjoints au même degré, si le conjoint est vivant ou si la partie ou le témoin en a des enfants vivants; enfin les parents et alliés en ligne directe, les frères, beaux-frères, sœurs et belles-sœurs dans le cas où le conjoint est décédé et n'a pas laissé de descendants. Les serviteurs et domestiques peuvent également, aux termes de cet article, être reprochés.

En matière de divorce et de séparation de corps d'après le nouvel article 245, les seuls témoins reprochables sont les descendants et les personnes désignées dans le second paragraphe de l'article 283 du Code de procédure, autres que les serviteurs et domestiques.

Une question qui a été soulevée à propos de l'ancien art. 251 est celle de savoir s'il faut écarter le témoignage non seulement des enfants et descendants communs, mais encore des enfants ou descendants que l'un des conjoints aurait eus d'un précédent mariage?

M. Demolombe, t. IV, n° 480 *bis*, pense que l'article est limitatif aux enfants communs des conjoints.

Malgré notre respect pour ce savant professeur, nous ne saurions nous ranger à son opinion. D'une part, nous ne trouvons pas dans la généralité des termes de la loi la justification d'une semblable distinction. D'autre part, les raisons qui motivent le reproche d'un enfant sont les mêmes, qu'il s'agisse d'un enfant commun ou d'un enfant propre à l'un des époux, à moins qu'on ne soutienne que

le témoignage de l'enfant propre à l'un des conjoints ne sera reçu que contre l'autre époux, ce qui est inadmissible, et même dans cette hypothèse ne peut-on pas craindre que cet enfant soit naturellement disposé défavorablement pour l'adversaire de celui qui lui a donné le jour. Dès lors, que devient l'impartialité du témoignage? Il nous semble à la fois plus rationnel, et plus conforme au texte de la loi d'interdire l'audition comme témoins des enfants soit naturels reconnus, soit légitimes, soit adoptifs, sans distinction entre les enfants communs et les enfants propres à un seul époux. Si le législateur avait voulu établir une distinction il n'aurait pas manqué de la faire. Coulon, *Manuel-formulaire*, 5e édit. art. 245 ; Vraye et Gode, *op. citat.* t. I, p. 261, Goirand, *op. citat.* p. 85 ; Frémont, *op. citat.* p. 208. Carpentier, *op. citat.* p. 145 ; Dalloz, V° Enquête. n° 259. Carré et Chauveau, *Lois de la procédure*, supp. t. VII, p. 278. Douai, 16 août 1853. S. 54. 2. 135. Dijon, 27 mars 1879. S. 79. 2. 68.

Une seule observation à faire pour les enfants naturels non reconnus et les enfants adultérins qui n'ayant pas d'état civil certain ne pourraient être exposés à voir des tiers rechercher incidemment leur état à propos d'une instance où l'on contesterait la sincérité probable de leur témoignage. *Sic*, Vraye et Gode, t. I, p. 261 ; Frémont, p. 268. *Contra*, Carré, t. II, p. 608. Les alliés des ascendants ou autres parents ne sont pas reprochables. Ceux des descendants le sont au contraire.

« A première vue, disent MM. Vraye et Gode, t. I, p. 261, il semble même que les alliés des parents en ligne directe ne puissent être entendus (268 C. proc. civ.), et que les alliés des autres parents soient reprochables (art. 283.

C. proc. civ.), mais pour résoudre cette question, il est nécessaire de se rappeler que le législateur de 1886 n'a fait dans l'article 245 du Code civil, que reproduire en substance et sans en modifier la portée les dispositions de l'ancien article 251 du Code civil tel qu'il existait dans la loi de 1803. Il faut donc rechercher l'esprit de cette loi et pour cela remonter jusqu'aux sources.

Ce n'est pas au Code de procédure, promulgué en 1806, qu'il faut demander la réponse à cette question, puisque le Titre du Divorce a été promulgué pour la première fois en 1803. Le Code de procédure ne peut ici servir qu'à éclairer sur la nature générale des vues des rédacteurs du Code civil. Au moment où la loi du Divorce fut promulguée, la procédure des enquêtes était régie en France par l'ordonnance civile d'avril 1667, touchant la réformation de la justice et l'ordonnance contenait la disposition suivante : « Les parents et alliés des parties, jusqu'aux enfants des cousins issus de germains inclusivement, ne pourront être témoins en matière civile, pour déposer en leur faveur ou contre eux, et seront leurs dépositions rejetées. » (Titre XXII, art. 2.)

C'est par opposition à cette règle qui formait alors le droit commun que les rédacteurs du Code civil avaient rédigé leur article 251 ainsi conçu : « Les parents des parties, à l'exception de leurs enfants et descendants ne sont pas reprochables du fait de la parenté, non plus que les domestiques en raison de cette qualité ; mais le tribunal aura tel égard que de raison aux dépositions des parents et des domestiques. » Le législateur a dit en substance dans cet article : en droit commun, les parents et alliés jusqu'à tel degré ne peuvent déposer pour ou contre les parties dans les enquêtes civiles, mais il ne faut pas qu'il

en soit de même, en matière de divorce et la loi ne laisse soumis au droit commun que les descendants en ligne directe ; les autres parents y échapperont et ne seront pas reprochables comme témoins. Seulement, ni quand ils ont parlé des parents, ni quand ils ont parlé des enfants ou descendants, les rédacteurs de l'article 251 n'ont songé à ajouter les mots : ou alliés. Mais l'idée dominante de l'article 251, que le rapprochement de l'article 2, titre XXII, de l'ordonnance de 1667 aide si bien à dégager, était d'assimiler les alliés aux parents ou aux descendants.

Il y a donc lieu d'admettre la même solution, puisque l'article 245 C. civ. n'est que la reproduction, sous une autre forme, de l'ancien article 251 du même Code.

Il faut d'ailleurs reconnaître qu'elle est conforme à la logique. Il serait singulier que des ascendants pussent être entendus alors que leurs conjoints, simples alliés de l'une des parties en cause, ou que, par exemple la femme d'un cousin fussent reprochables du chef de leur affinité.

On s'explique d'autre part que les conjoints des descendants soient exclus comme ceux-ci. Le motif d'exclusion est absolument le même. »

Les motifs qui nous ont fait assimiler les alliés aux parents nous conduisent à décider, que malgré les termes de l'article 268, C. pr. civ. le conjoint divorcé n'est pas reprochable.

En dehors de l'exception édictée par l'article 245 en ce qui concerne les parents et les domestiques, l'article 283 du Code de procédure demeure le droit commun pour toutes les causes de reproches. Ainsi seraient reprochables, le donataire, ceux qui auraient bu ou mangé avec l'un des époux et à ses frais depuis le jugement ordonnant l'enquête. Coulon, *Manuel-formulaire*, 5e édit. art. 245.

Goirand, p. 142. Curet, p. 154. Laurent, t. III, p. 259. Zachariae (Massé et Vergé), t. I, p. 259. Demolombe, t. IV, n° 480. Aubry et Rau, t. V, p. 181. *Contra*. Cass. 8 juillet 1813. D. J. G. V° *Sép. de corps*, n° 220. Bruxelles, 28 décembre 1815. *Pas*. 1815, p. 554. Toutefois cette cause de reproche ne serait pas admise, s'il s'agissait de parents. Il est évident, en effet, qu'en admettant dans les instances en divorce le témoignage des parents, la loi n'a pu y mettre pour condition l'interruption même momentanée des relations qui sont la conséquence naturelle et ordinaire de la parenté. Le fait reproché est une suite désirable des liens qui existent entre l'époux et le témoin, et non un indice de subornation, comme lorsque le témoin est un étranger. Caen, 28 janvier 1874. S. 74. 2. 169; Curet, p. 154.

Les indications contenues dans l'article 283 du C. pr. civ. sont à notre avis seulement énonciatives, et non pas limitatives ; outre les causes énumérées par cet article, il en sera souvent d'autres de nature à rendre douteuse la déposition d'un témoin, ou même à ne laisser aucun doute sur sa partialité; nous estimons que dans ces cas, le tribunal n'est pas enchaîné par la loi et qu'il lui est toujours permis d'écarter la déposition des témoins qu'il croit devoir considérer comme suspects. *Sic*. Cass. Rèq. 8 mai 1883, S. 83. 1. 295. Cass. Rèq. 15 nov. 1878. S. 79. 1. 468. Nancy, 20 juillet 1877. S. 77. 2. 196. Cass. 31 juillet 1876, S. 77. 1. 176. Cass. 16 juin 1874. S. 75. 1. 54. Cass. 29 juillet 1873. S. 74. 1. 360. Cass. 17 juin 1873. S. 73. 1. 265. Cass. 10 mars 1868. S. 68. 1. 155. Cass. 2 juillet 1866. S. 66. 1. 316. Cass. 4 mai 1863. S. 63. 1. 427. Vraye et Gode, t. I, p. 266. Toullier, t. IX, n°s 291 à 301 Pigeau, Procéd. t. I, p. 280. Carré et Chauveau, *Lois de*

procéd. t. III, p. 9 et Supplém. t. VII, p. 292. *Contra.* Caen, 7 août 1866. S. 67. 2. 260. Paris. 4 nov. 1865 S. 66. 2. 106. Nancy, 5 décembre 1855. S. 56. 2. 272. Limoges, 6 mai 1835. S. 35. 2. 87. Aix, 11 juin 1830. S. 32. 2. 31. Cass. 25 juillet 1826. S. 27. 1. 59. Bonnier, *Tr. des preuves*, n° 190. Locré, *Esp. du C. de comm.* t. IX, p. 307. Bioche, Procéd. V° Enquête, n° 378. Boitard, *Procéd.* t. II, 232.

Le reproche basé sur la parenté des descendants est péremptoire. C'est ce qui résulte des articles 268 du Code de procédure et 245 du Code civil. Vraye et Gode, t. I, p. 267. La jurisprudence belge est aussi absolument de cet avis puisqu'elle déclare que les enfants des parties ne sont pas seulement reprochables, mais que leur témoignage est inadmissible. Trib. Termonde, 9 juin 1858, *Belg. judic.* 1858. p. 1067. Coulon, *op. citat.* t. III, art. 245. Il est donc certain que si des enfants ou des descendants assignés par l'une des parties comme témoins n'ont pas été reprochés, le juge-commissaire peut d'office écarter leur déposition. Carré et Chauveau, *op. citat.* t. II, p. 607. Boitard, *op. citat.* t. II, p. 227. Vraye et Gode, t. I, p. 269. Goirand, p. 141. Trib. Blois, 26 mai 1886. Coulon, *op. citat.* t. III, art. 245. Carpentier, p. 144.

Toutes les autres causes de reproche autres que celles fondées sur la parenté des descendants ne sont pas péremptoires. Les juges ont donc un pouvoir discrétionnaire pour admettre ou accepter le reproche, d'ailleurs, si le tribunal suspecte la déposition d'un témoin reprochable mais non reproché, il en sera quitte pour ne pas en tenir compte.

Lorsque les deux époux ont assigné un même témoin et que l'un d'eux a fait accueillir des reproches non péremptoires contre lui, ces reproches ne peuvent servir à

l'autre époux. C'est là une vérité qui n'a pas besoin de démonstration. En principe, l'un des époux ne peut reprocher un témoin assigné par lui-même, car ce reproche serait suspect au premier chef. Il laisserait soupçonner que l'époux, après avoir compté sur une déposition favorable, craint que la déposition ne tourne contre lui et cherche à l'écarter pour ce motif. Toutefois il ne faudrait pas tomber dans l'absolu, et s'il était avéré que l'époux n'a découvert les causes graves de reproche qu'il invoque qu'après avoir assigné le témoin, il n'y aurait pas de raison pour que le tribunal ne puisse les admettre.

L'article 293 qui défend de recommencer une enquête nulle par la faute de l'avoué ou de l'huissier est inapplicable aux instances en divorce ou en séparation de corps, le Code en statuant sur les nullités d'enquête a, en effet, pris soin de mettre les plaideurs à couvert contre des nullités qui ne procéderaient pas de leur faute. Or, en notre matière, le préjudice causé par la nullité d'une enquête que la loi ne permettrait pas de recommencer serait à la fois irréparable et inappréciable en argent et par là même, l'application de l'art. 293 est impossible. Carpentier, p. 148. Vraye et Gode, p. 271. Carré et Chauveau, *op. citat.* quest. 1136 *bis*. Demolombe, *Mariage*, t. II, p. 554. Massol, *Sép. de corps*, p. 116. Bonnier, *Preuves*, n° 174. Depeiges, *Divorce*, n° 90. Dijon, 29 mai 1845. S. 46. 2. 173. Nancy, 28 déc. 1860. S. 61. 2. 192. *Contra.* Douai, 5 nov. 1860. S. 61. 2. 260. Douai, 13 mars 1869. D. 69, 2, 238.

Les enquêtes ayant lieu dorénavant devant un seul juge, il faut admettre, contrairement à une opinion soutenue autrefois en doctrine et en jurisprudence, qu'une commission rogatoire pourra être donnée pour entendre les témoins trop éloignés. Art. 255. Proc. civ. Trib.

Arlon, 11 février 1886. Coulon, *op. citat.* t. III, art. 245. Carpentier, p. 145.

Les prorogations d'enquête et la désignation des témoins qui peuvent y être entendus sont régis par l'art. 279. C. proc. civ. La demande de prorogation d'enquête formulée au cours d'une instance de divorce même sur le procès-verbal de contre-enquête avant la clôture des opérations est recevable, mais cette mesure ne peut être prescrite que pour faire entendre des témoins malades, absents ou non touchés par la citation, et non pour faire procéder à une nouvelle enquête en réponse à la contre-enquête faite par le défendeur. Trib. Seine, 12 mai 1887. Paris, 17 février 1891. *Contra,* Trib. Seine, (5e Ch.) 5 août 1890 infirmé par l'arrêt précédent. Coulon, *op. citat.* t. III, art. 245. Le grand principe à retenir en matière de prorogation d'enquête et de reproches doit être pour les tribunaux, de permettre autant que possible et toutes les fois qu'on n'est pas en présence de nullités prévues par la loi, la prorogation et les témoignages, le seul but à atteindre en matière de divorce plus encore si c'est possible qu'en tout autre étant d'arriver à savoir la vérité.

Les formes des enquête et contre-enquête en matière de conversion, sont les mêmes que celles que nous venons d'indiquer; voir d'ailleurs à ce sujet, *infra,* Chap. V, § 3.

Sur quels faits les témoins pourront-ils être entendus? Certains auteurs déclarent qu'ils ne pourront être entendus que sur les faits visés dans la requête : tout au plus pourront-ils être entendus sur les faits produits aux débats, postérieurement à la requête et à la tentative de conciliation, pourvu que ces faits soient de même nature, excès, sévices, injures graves, etc..., que ceux de la requête. Si la requête ne contient que des faits injurieux, le demandeur

ne pourra pas être admis à faire entendre des témoins sur des faits d'adultère. Curet, p. 155. Une semblable doctrine est inadmissible, puisque l'adultère, par exemple, a pu n'être commis que postérieurement à la remise de la requête. Le demandeur ne peut être victime soit de son ignorance, soit de l'existence de nouveaux griefs survenus depuis que l'instance est engagée. La règle véritablement judirique qu'il faut admettre et suivre est la suivante : les témoins pourront valablement déposer sur tous les faits qui ont été cotés en preuve par les parties et que le tribunal a admis. Il résulte de ce principe que nous admettons comme le seul vrai et le seul judirique, que si les témoins venaient déposer sur des faits étrangers aux faits admis en preuve, les magistrats ne pourraient les retenir et en faire la base de leur décision. Trib. Seine, 1er mai 1889, Coulon, *op. citat.* t. III, art. 245. Daniel de Folleville, Rec. div. Smets. 1886, p. 195.

« Une difficulté plus grave se présente, dit M. Curet, p. 155. Le demandeur avait déjà succombé dans une première instance en divorce. Il articule dans sa nouvelle demande des faits antérieurs au premier procès. Peut-il être admis à en faire la preuve ?

Si ces faits ont été déduits en justice et écartés comme sans gravité ou non prouvés, il est évident que le principe de l'autorité de la chose jugée s'oppose à ce qu'ils servent de base à la nouvelle demande. Toutefois si depuis le premier jugement, de nouveaux griefs étaient survenus, le demandeur serait fondé à ajouter aux faits nouveaux les anciens faits, soit qu'ils eussent été articulés dans la première instance, soit qu'ils eussent été omis volontairement ou par ignorance ; il en est ici comme en cas de réconciliation. Cass. 5 janvier 1874. S. 74, 1, 124.

Mais depuis le premier jugement aucun grief nouveau n'est survenu ; la nouvelle demande se base uniquement sur des faits antérieurs au précédent procès et ces faits n'ont pas été soumis au premier juge. Peuvent-ils être articulés et admis en preuve? En d'autres termes, après un échec subi dans un procès en divorce, le demandeur peut-il renouveler sa demande en se fondant uniquement sur des faits déjà accomplis lors de la première instance, mais qui à ce moment n'ont pas été produits en justice?

Sur ce point les opinions sont divergentes, mais toutes s'accordent à chercher dans l'article 1351 du Code civil la solution de la difficulté. Il y a, dans les deux instances, identité de partie et identité d'objet; y a-t-il identité de cause? — Quelle est la cause d'une demande en divorce ?

Si c'est l'impossibilité de la vie commune, si les faits allégués d'adultère, de sévices ou d'injures ne sont que les moyens pour arriver à établir cette cause, il est évident que la seconde demande doit être repoussée par application de l'article 1351. Il y a dans les deux instances, en effet, identité de cause ; seuls les moyens diffèrent, mais la diversité des moyens est sans influence sur l'autorité de la chose jugée. Massol, *de la Séparation de corps*, p. 80.

Si la cause du divorce est, non pas, l'impossibilité de la vie commune, mais l'une des trois circonstances prévues par la loi, l'adultère, les excès, sévices ou injures, la condamnation, il n'y aura chose jugée qu'autant que les faits allégués à l'appui de la seconde demande sont de même nature que ceux qui ont servi de base à la première. Ainsi une première demande basée sur tel fait déterminé d'adultère ayant échoué, le demandeur ne pourra se prévaloir d'un autre fait d'adultère antérieur au premier procès pour former une nouvelle demande, car il y a

identité de cause, l'adultère; mais rien ne s'oppose à ce qu'il forme cette nouvelle demande pour excès, sévices ou injures graves; il n'y a pas alors chose jugée, puisque la cause est différente; cette cause n'a pas été déduite en justice.

Pour nous, continue M. Curet, la cause du divorce, n'est ni l'impossibilité de la vie commune, ni l'adultère ou l'injure grave d'une manière générale; c'est tel fait particulier d'adultère ou d'injure. De telle sorte que le fait antérieur à la première demande peut servir de base à la seconde, car il y a cause nouvelle et, par suite, il n'y a pas chose jugée.

Et d'abord, la cause du divorce n'est pas l'impossibilité de la vie commune. Ce qui cause le divorce, ce qui le motive, c'est l'adultère, ce sont les excès, les injures graves; l'impossibilité de la vie commune n'est que la conséquence naturelle des faits que l'un des époux reproche à l'autre. Le divorce est prononcé, parce que la vie commune est impossible; mais il a, comme cette impossibilité, sa cause directe dans les faits imputés par le demandeur à son conjoint.

La cause du divorce n'est pas davantage l'adultère ou l'injure grave en général; cette cause, c'est le fait ou l'ensemble des faits articulés et prouvés. Le divorce est prononcé, non pas pour adultère ou pour injures, mais pour des actes particuliers d'adultère ou d'injures, actes précis, déterminés par le temps et par le lieu. Le juge apprécie, non pas une abstraction comme l'adultère ou l'injure, mais des faits réels et concrets; il les constate et en fait découler le divorce. Et cette assimilation entre les faits et les causes est faite par la loi elle-même. L'article 244, en effet, après avoir disposé que l'action en divorce s'éteint par la réconciliation survenue depuis les *faits* allégués dans la

demande, ajoute que le demandeur peut intenter une nouvelle demande pour *cause* survenue ou découverte depuis la réconciliation et se prévaloir, à l'appui de sa nouvelle demande, des anciennes *causes*, c'est-à-dire, de toute évidence, des anciens *faits*.

Il résulte de là que, lorsque, dans un procès nouveau, le demandeur allègue des faits d'adultère ou d'injure différents de ceux qui ont été articulés dans la précédente instance et antérieurs à cette instance, la demande nouvelle ne peut être repoussée par une fin de non recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée ; il y a une cause nouvelle. Le juge, qui a repoussé la première demande, peut faire droit à la seconde, sans qu'il y ait contrariété entre ces deux décisions, puisqu'il statue sur des faits différents. Paris, 1er août 1874. S. 74. 2. 264. Cass. 3 février 1875. S. 75. 1. 393.

Toutefois, si les anciens faits, non déduits en justice dans un procès, peuvent servir de base à une demande nouvelle, c'est à la condition que ces faits n'aient été découverts par le demandeur que depuis le premier jugement. Il en serait autrement, croyons-nous, si ces faits étaient déjà, lors du premier procès, connus du demandeur et que celui-ci, à cette époque, les eût volontairement passés sous silence, soit par délicatesse et dans l'espérance que les faits articulés suffiraient pour faire prononcer le divorce, soit pour tout autre motif. Dans ce cas, le procès ne pourrait être renouvelé. Ce qui s'oppose à ce renouvellement, ce n'est pas l'autorité de la chose jugée, car, à cet égard, peu importe que les faits aient été connus ou ignorés ; c'est une considération de simplicité d'action et d'utilité pratique. Il importe, en effet, dans un intérêt de simplicité de procédure, d'économie de temps et de frais,

de réunir dans une seule et même instance toutes les causes qui doivent tendre au même résultat à l'encontre du même défendeur. Et c'est bien là l'esprit de la loi, tel qu'il résulte en matière ordinaire de l'article 1346 du Code civil. Si la loi exige que des demandes distinctes soint jointes dans une même instance, il doit en être ainsi *a fortiori* des causes diverses d'une même demande. M. Labbé, sous Cass., 3 février 1875, S. 1875, 1, 393.

Mais auquel des deux époux incombe alors le fardeau de la preuve? Est-ce au demandeur à établir que, lors du premier procès, il ignorait les faits qu'il invoque aujourd'hui? Est-ce au défendeur, au contraire, à établir que son conjoint connaissait les faits qu'il lui reproche? — La question ne saurait faire difficulté. En principe, des faits antérieurs au premier jugement peuvent être articulés à l'appui d'une demande nouvelle, par cela seul qu'ils n'ont pas déjà été déduits en justice ; par exception, ils ne peuvent pas l'être, si le demandeur en avait connaissance lors du premier procès. Le défendeur, qui prétend que ces faits étaient connus du demandeur, oppose donc une fin de non-recevoir, et c'est à lui de la justifier. »

Les juges peuvent en matière de divorce s'appuyer d'une enquête faite dans une autre instance. Trib. Bruxelles, 17 avril 1886, et Smets. Rec. Div. 1887. p. 100 et suiv. Chauveau sur Carré, *op. citat.* quest. 975. *Contra.* Bruxelles, 21 décembre 1886. Trib. Bruxelles, 12 février 1887. Dans le sens de l'affirmative M. Chauveau s'exprime en ces termes : « Nulle part dans la loi nous ne voyons qu'il puisse en être autrement. Au contraire, nous avons eu souvent l'occasion de remarquer que le juge est complètement libre ; qu'il peut prendre où il les trouve les moyens d'éclairer sa conscience et qu'aucune limite n'est posée à son

pouvoir discrétionnaire, et il faut bien qu'il en soit ainsi, car ce principe est corrélatif à celui d'après lequel nous décidons que le juge peut refuser d'ordonner une enquête, ou toute autre voie d'instruction tracée par la loi. Pourquoi le peut-il? Parce qu'il a le droit de prendre ailleurs et partout ailleurs, ses éléments de conviction... D'ailleurs cette vérité ressort manifestement des termes de l'art. 1358 C. civ. ainsi conçu: « Les présomptions qui ne sont point établies par la loi sont abandonnées aux lumières et à la prudence des magistrats. »

Nous partageons absolument cette manière de voir, donc, dans tous les cas où la preuve testimoniale est admissible, les juges peuvent, sans l'autoriser, se décider par de simples présomptions (Voir d'ailleurs sur ce point, *supra*). La loi ne détermine point les sources où ils devront puiser ces présomptions ; elle les abandonne à leurs lumières et à leur prudence. Qui oserait, après cela, leur contester le droit de les prendre dans tous les faits, dans tous les actes authentiques ou non, qui pourront leur être représentés, quelle que soit l'origine de ces actes, quel qu'ait été le but de leur confection, et encore qu'ils n'aient aucun rapport direct avec la cause qui est à juger ? Des présomptions suffisantes pour asseoir un jugement ne peuvent-elles se rencontrer dans de semblables actes ? Et si elles s'y rencontrent, quelle interprétation donnera-t-on à l'art. 1353 pour les exclure de la généralité de ces termes ?

Si l'on reçoit, objecte-t-on, une enquête faite dans un autre procès, ce sera violer l'esprit de la loi, en ce qu'il exige que le juge de la cause en dirige lui-même l'instruction.

Nous répondons que raisonner ainsi, c'est changer

l'état de la question, et soutenir ce qui est hors de doute, qu'une enquête dans telle ou telle instance ne peut être représentée au même titre dans une instance différente.

Aussi notre système ne va pas jusqu'à faire dire aux magistrats par une partie: Vous me demandiez une enquête sur les faits que j'ai allégués ; cette enquête est déjà faite dans un autre procès; la voilà. Non sans doute, ces procès-verbaux ne seront pas les enquêtes, mais seulement les pièces du procès, de simples documents comme tous ceux que les parties peuvent avoir dans leurs dossiers et qui sont propres à fournir tel ou tel éclaircissement sur l'objet de la contestation.

Mais, dès lors, puisque ce n'est pas à titre d'enquête qu'on les produit, que c'est uniquement comme document plus ou moins essentiel, plus ou moins probable, l'objection tirée de l'inobservation des formes est futile et n'a point de portée ; car on ne peut prétendre que je sois obligé de donner la forme d'une enquête à ce qui n'en est pas une, à l'acte pour lequel je ne réclame, ni le titre, ni les prérogatives d'une enquête.

On remarquera d'ailleurs que les inconvénients que la loi a voulu prévenir, en assujettissant l'enquête à ces formes rigoureuses, ne sont pas à craindre lorsqu'on s'en rapporte à ce qui est constaté par des actes étrangers au procès, et par cela même non suspects de partialité, puisqu'on ne peut soupçonner les parties de s'être rendues coupables d'une fraude si prévoyante.

Néanmoins on comprendrait mal notre système, si l'on croyait que nous reconnaissons au juge le droit de prendre ses éléments de conviction dans un acte quelconque, même annulé ou périmé. Non sans doute : la nullité une fois prononcée, l'acte n'existe plus légalement ; non seule-

ment il n'a pas la force probante que la loi avait voulu attacher aux formalités dont il aurait dû être revêtu, mais encore il se trouve frappé de réprobation ; il est censé frauduleux et mensonger ; il est défendu d'y avoir aucun égard. Voilà pourquoi l'enquête nulle ne peut servir de fondement à aucun jugement, sauf l'exception particulière portée en l'art. 292. Il en serait de même de l'enquête qui aurait eu lieu dans une instance périmée depuis, puisque l'art. 401 C. p. c. ôte à tous les actes de cette instance l'existence légale...

Ainsi nous nous résumons par cette proposition : les juges peuvent baser leur jugement sur tous les actes d'instruction étrangers au procès, dressés soit en matière criminelle, soit en matière civile, pourvu que ces actes aient une existence, c'est-à-dire, qu'ils ne soient pas frappés de nullité ou de présomption.

L'article 307, C. civ. ne renvoie pas à l'article 245, malgré ce silence, il faut décider que les principes posés par l'article 245 C. civ. en matière de divorce doivent s'appliquer aux enquêtes en matière de séparation de corps. La raison en est que l'article 245 qui règle seulement des causes de reproches, n'appartient pas à la procédure et ne prescrit aucune formalité ; son extension au cas de séparation de corps n'est donc pas en contradiction avec l'article 307 du Code civil ou avec l'article 879 du Code de Procédure. D'ailleurs, les causes ne seraient plus les mêmes pour la séparation de corps que pour le divorce, si les mêmes moyens de preuve n'étaient pas également recevables pour l'un comme pour l'autre. Coulon, *Manuel formulaire*, 5e Edit. art. 306 et 245. Vraye et Gode, t. I, p. 416. Daniel de Folleville. Rec. div. Smets, 1889. p. 195. Carpentier, n° 145. Frémont, p. 268. Massol,

p. 118. Rousseau et Laisney, Dict. Proc. civ. V° *Sép.* n° 141. Valette, cours de Code civil, t. I, p. 371. Duranton, n° 607. Toullier, t. II, n° 769. Caen, 28 janvier 1874. S. 74. 2. 169. Dijon, 27 mars 1879. S. 79. 2. 68. Rennes, 22 juillet 1840. S. 40. 2. 149.

Il est aussi certain, pour les raisons que nous avons données *supra*, que l'article 293 du Code de procédure ne s'applique pas plus à la séparation de corps qu'au divorce.

§ 5. *Suspension du prononcé du jugement.*

A. *Temps d'épreuve laissé à la discrétion du tribunal.*

L'article 246 est ainsi conçu : « Lorsque la demande en divorce a été formée pour toute autre cause que celle qui est prévue par l'article 232, le tribunal, encore que cette demande soit bien établie, peut ne pas prononcer immédiatement le divorce.

Dans ce cas, il maintient ou prescrit l'habitation séparée et les mesures provisoires pendant un délai qui ne peut excéder six mois.

Après le délai fixé par le tribunal, si les époux ne se sont pas réconciliés, chacun d'eux peut faire citer l'autre à comparaître devant le tribunal dans le délai de la loi pour entendre prononcer le jugement de divorce. » Cet article donne au tribunal la faculté de ne pas prononcer immédiatement le divorce. Un cas est excepté, c'est celui de l'article 232, c'est-à-dire la condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante.

Le temps d'épreuve qui, sous la loi de 1884, pouvait aller jusqu'à un an, est aujourd'hui réduit à six mois.

« On pourrait se demander, dit l'exposé des motifs,

quelle est la portée de l'ajournement prononcé. A l'expiration du délai fixé, le tribunal peut-il reprendre l'examen de l'affaire au fond, ou doit-il, s'il en est requis, prononcer le divorce? Cette interprétation doit être adoptée. On n'a pas voulu donner aux juges le pouvoir de prolonger à leur gré la durée de l'instance ; on a voulu que, le cas échéant, les parties pussent avoir le temps de réfléchir. Mais quand, l'épreuve terminée, elles persistent, le tribunal doit prononcer le divorce. Aussi l'ajournement ne peut-il pas être prononcé en tout état de cause; il ne pourrait l'être, par exemple, avant l'enquête. C'est seulement lorsque la preuve est faite, le droit au divorce établi, que le tribunal peut remettre à six mois sa décision. Au bout de ce temps, elle doit être nécessairement rendue immédiatement, si une des parties le requiert.

» L'ajournement ne pourrait donc être prononcé plusieurs fois. En outre, cette faculté n'appartient qu'au juge de première instance et non au juge d'appel. » Coulon, *op. citat.* t. II, 1re partie.

Le tribunal pourrait-il ajourner à six mois, même en cas de défaut du défendeur? Assurément oui, le silence de la loi sur ce point doit être interprété en faveur de la liberté d'action du tribunal en la sagesse duquel le législateur a montré une très grande confiance. Coulon, *Manuel-Formulaire,* 5e Edit. art. 246.

Le jugement de sursis est-il susceptible d'opposition?

Les jugements par défaut sont, en principe, susceptibles d'opposition. Pour qu'en notre matière, il en fût autrement, il faudrait un texte disant formellement le contraire. Or ce texte n'existe pas. La loi du 18 avril 1886 n'a en rien modifié la règle fondamentale de l'opposition qui se rattache au droit de la légitime défense. On nous ob-

jecterait en vain qu'à l'occasion de l'article 246, la loi de 1886 n'a nullement conféré le droit d'opposition à la partie défenderesse et que le défaut d'ouverture de ce droit de la part du législateur, s'explique facilement par l'absence absolue d'intérêt pour le défendeur de former opposition à un jugement de cette nature, puisque le sursis dont parle l'article 246 a été édicté en sa faveur et dans le but unique de rendre sans effet la demande en divorce formée contre lui. Dans la pratique, ce système, s'il était admis se retournerait précisément contre le défendeur. Il peut se faire, en effet, que le tribunal, alors que le débat n'a pas été contradictoire, alors que les juges n'ont entendu que les arguments du demandeur, ait considéré que la demande de divorce était établie, tandis qu'il aurait eu peut-être une autre manière de voir s'il avait connu les moyens du défendeur défaillant.

Le défendeur, on le voit, peut donc avoir un réel intérêt à faire opposition au jugement qui a prononcé l'ajournement par défaut. A notre avis, il suffit, d'une part, que cet intérêt existe, et que, d'autre part, la loi soit muette, pour que l'affirmative s'impose ici comme dans l'hypothèse précédente. Poulle, Rec. div. Smets, 1887, p. 309. Carpentier, p. 151. Coulon, *Man.-form.* 5e Edit. art. 246. Amiens, 30 novembre 1887. *Contra.* Trib. Péronne, 7 juillet 1886. Coulon, *op. citat.* t. III, art. 246.

Le jugement qui ajourne l'admission du divorce en vertu de l'art. 246 est-il susceptible d'appel ? Nous n'hésitons pas à répondre affirmativement. Cette faculté accordée contre tous les jugements préjugeant le fond, ne nous paraît sur aucun point en contradiction avec la lettre et l'esprit du titre VI, liv. 1er du Code civil. Vainement on nous opposerait que ce jugement est purement dilatoire, nous

lui reconnaissons un véritable caractère définitif puisqu'il lie le tribunal qui, si le délai expiré une réconciliation ne s'est pas produite, ne saurait se refuser à admettre le divorce. C'est du moins ce qui résulte pour nous des termes impératifs de l'art. 246 et de l'extrait de l'exposé des motifs que nous avons reproduit ci-dessus. Or, nous ne voyons aucune raison pour refuser aux parties le droit de faire substituer par la Cour au jugement d'ajournement un arrêt admettant ou rejetant purement et simplement le divorce. Coulon, *Man.-form.* 5e Edit. art. 246. Liège, 1er février 1855. *Pas.* 18552. 98. Paris, 30 oct. 1810. Cass. 26 mai 1807. Bruxelles, 24 février 1866. Coulon, *op. citat.* t. III, art. 246. Poulle, Rec. div. Smets. 1887, p. 307. Goirand, p. 146. Vraye et Gode, p. 280. *Contra*, Carpentier, p. 150, qui s'exprime en ces termes : « On s'est demandé, si le jugement qui prononce le sursis était susceptible d'appel. Nous serions très tentés pour notre part de répondre négativement. Non pas sans doute, que cette décision, bien qu'elle soit d'une nature un peu particulière, répugne par elle-même à cette voie de recours : car elle ne constitue pas à coup sûr une mesure d'instruction, et ne forme pas corps à ce titre avec le jugement définitif; mais parce qu'il nous semble qu'il est dans le vœu du législateur de faire de cette faculté quelque chose de particulier à la juridiction de première instance. »

Le droit de surseoir à la prononciation du divorce n'appartient qu'aux tribunaux. La doctrine basée sur deux arrêts, Besançon, 15 vendémiaire an XIII et Nîmes, 8 juillet 1807, sur les termes mêmes de l'article 246 et sur les travaux préparatoires. V. Coulon, *op. citat.* t. II, 1re et 2e parties, art. 246, est unanime à se prononcer dans ce sens. Cependant MM. Vraye et Gode, t. I, p. 279, soutiennent l'opi-

nion contraire. « On a soutenu, disent ces auteurs, que la Cour d'appel n'était pas investie de la faculté d'accorder le sursis, parce que d'une part, il fait partie des formalités et délais qui doivent précéder la décision des premiers juges, et que d'autre part le Code civil veut, qu'en cas d'appel, la cause soit instruite et jugée comme affaire ûrgente. *Sic.* Besançon, 16 germinal an XIII. Mais cette théorie nous paraît inadmissible. La loi dit bien, que la cause sera instruite devant la Cour d'appel et jugée par elle comme affaire urgente, mais il est difficile de trouver en quoi cette disposition peut bien faire obstacle à l'appel du jugement de sursis.

La Cour, saisie de l'appel du jugement de sursis peut réformer et déclarer que la demande n'est pas établie. Pourquoi n'aurait-elle pas le droit, si elle reconnaît, au contraire, avec le jugement, que la demande est fondée, de prononcer un sursis dont l'utilité aurait échappé aux premiers juges ? D'ailleurs, la Cour saisie d'un jugement qui a rejeté les faits d'adultère, d'excès, sévices, ou injures graves reprochés, n'a-t-elle pas le droit de déclarer que ces faits sont prouvés et motivent suffisamment la demande, mais qu'il y a lieu de surseoir conformément à l'article 246 ? Il est impossible de dénier ce droit au juge d'appel dans cette dernière hypothèse, et l'on se demande comment il pourrait l'avoir dans un cas et ne pas l'avoir dans l'autre. Nous devons cependant faire remarquer que l'exposé des motifs de la loi de 1886 contrarie notre solution. La faculté de prononcer le sursis, y est-il dit, n'appartient qu'aux juges de première instance et non aux juges d'appel. Mais rien dans la discussion ne démontre que le législateur ait accepté cette appréciation, ni que la difficulté ait été mise en lumière et soumise aux Chambres. »

Le tribunal ne peut user du pouvoir que lui confère l'article 246, que si la demande lui paraît bien établie ; lorsqu'il y a doute et que les preuves ne sont pas concluantes, cet article est inapplicable. Cela résulte, dans une certaine mesure du texte de l'art. 246, § 1er, et plus encore de la disposition du § 3 du même article, d'après laquelle les juges doivent admettre le divorce, dans le cas, où après le temps d'épreuve, les époux ne se sont pas réconciliés.

Les expressions de l'art. 259, aujourd'hui art. 246, « encore qu'elle soit bien établie », sont critiquées en ces termes par M. Willequet. « Il faut évidemment ou *pour* » *le cas où elle est bien établie*, ou *pourvu qu'elle soit bien* » *établie*. En effet, si le demandeur n'a pas suffisamment » prouvé le fondement de son action, ce qu'il faut faire, » ce n'est pas remettre le jugement à un an, mais débou» ter le demandeur immédiatement. Le sursis n'est éta» bli, ni pour fournir au demandeur le temps de recueil» lir de nouvelles preuves à l'appui de sa plainte, ni pour » donner au juge l'occasion de mûrir sa conviction. C'est » une trêve inspirée par l'espoir de voir le temps et la ré» flexion émousser chez les époux l'animosité qu'ils se » portent et qui est née de faits réels, mais passagers. » Réels, disons-nous, car s'il y avait doute sur leur exis» tence, la demande devrait être immédiatement écartée. » Cette solution ressort avec évidence du rapprochement » des art. 259 et 260. Celui-ci, en effet, porte que si le sur» sis n'a pas eu pour effet d'opérer la réconciliation, le di» vorce est immédiatement prononcé. Si le cas de rejet de » la demande en divorce n'est pas prévu dans cette dispo» sition, c'est qu'elle présuppose établi par l'art. 259 que » le sursis ne pourra être accordé que si la demande est

» positive. » Willequet, *Du divorce*, p. 160. Coulon, *Man. form.* 5e Edit. p. 199. Vraye et Gode, t. I, p. 277. Poulle, Rec. div. Smets, 1887. p. 306. Trib. Péronne, 7 juillet 1886. Amiens, 30 novembre 1887. Coulon, *op citat.* t. III, art. 246.

Nous adoptons entièrement cette opinion que combat M. Frémont, *Traité pratique du divorce et de la séparation de corps*, p. 287 ; mais sans s'expliquer sur le puissant argument tiré des termes impératifs de l'art. 260, aujourd'hui art. 246, § 3.

Le Tribunal ne pourrait pas surseoir, s'il s'agissait d'une demande en séparation de corps. Les articles 246 et 307 C. civ., combinés ne laissent aucun doute. Montpellier, 1er prairial an XIII, Rennes, 21 février 1826. Rennes, 28 mars 1833. Dal. Rep. V° *Sép. de corps*, n° 226 et les renvois. Poulle, *op. citat.* p. 173 et p. 46. Carpentier, p. 148. Coulon. *Man. form.* 5e Edit. p. 199.

Le tribunal, saisi d'une demande en divorce, ne pourrait pas, écartant cette demande, prononcer la séparation de corps d'office, alors même que les faits articulés lui sembleraient de nature à rendre la vie commune impossible, sans cependant lui paraître suffisants pour motiver le divorce.

Ceci résulte de l'art. 306 Code civ. qui ne fait aucune distinction entre les causes qui justifient soit la demande de divorce, soit une demande de séparation. Quand l'une est fondée, l'autre l'est également ; quand les faits invoqués à l'appui d'une demande de divorce ne sont pas suffisants pour justifier son admission, ils ne le sont pas davantage pour motiver une séparation. L'argument *a simili* qu'on pourrait tirer de la faculté laissée aux juges, d'ordonner la nomination d'un conseil judiciaire lorsqu'il est saisi

d'une demande en interdiction ne nous touche pas. Il n'y a rien de commun entre la procédure en interdiction et la procédure en divorce. D'une part, l'art. 499 Code civ. donne ce droit d'une façon expresse aux tribunaux ; en matière de divorce, au contraire, le législateur garde le silence. D'autre part, s'il s'agit d'interdiction, c'est une tierce personne qui agit, ou statue sur l'état et les modifications à apporter à la capacité d'une personne qui n'est pas celle qui a introduit l'instance ; si, au contraire, il s'agit de divorce, c'est la personne elle-même qui fait la demande et qui en saisit le Tribunal pour substituer à l'état de mariage l'état de divorce. Lorsqu'elle demande le divorce, c'est qu'elle veut que le juge statue sur sa demande en divorce, c'est qu'elle ne veut pas de la séparation de corps.

L'ajournement ne pourrait pas non plus être prononcé, lorsque le divorce est demandé par application de l'article 310, C. civ. Ici l'épreuve a déjà duré au moins trois ans : une nouvelle épreuve de six mois serait bien inutile. La demande en conversion vient, du reste, prouver surabondamment que toute chance de réconciliation doit être considérée comme perdue à tout jamais. Poulle, Rec. Div. Smets. 1887, p. 303. Curet, *op. citat.* p. 175, Carpentier, p. 148. Trib. Die, 12 août 1886. Coulon, *op. citat.* t. III, art. 246.

Il est bon de ne pas oublier que lorsque l'un des époux demande la conversion de la séparation de corps en divorce, cet époux est dispensé de l'essai de conciliation. Il doit se borner à adresser une requête au président, et il ne paraît même pas que le demandeur soit obligé de la présenter en personne. Poulle, *op. citat.* p. 147 et p. 22.

Aucun ajournement ne pourrait non plus être prononcé, si l'un des conjoints ayant demandé le divorce, l'autre la séparation de corps, le tribunal décidait que la demande en

divorce n'est pas fondée. Mais il se pourrait cependant que les deux demandes fussent toutes deux établies, le divorce étant demandé pour cause d'adultère, la séparation de corps étant basée sur une condamnation afflictive et infamante. Que décider dans ce cas ? M. Carpentier, qui examine cette espèce (V. *op. cit.*, p. 149), enseigne qu'il lui « paraîtrait impossible d'accorder le sursis sur la demande en divorce, quelle qu'en soit la cause, parce que les tribunaux se trouvant alors dans l'obligation de statuer sur la demande en séparation, le sort de la première sentence serait fatalement lié, à l'inverse, à celui de la seconde. » Cette solution est juridique : c'est la seule qu'il nous paraisse possible d'admettre. Placés en présence d'une pareille hypothèse, les tribunaux devraient donc statuer immédiatement sur la demande en divorce. Poulle, Rec. div. Smets, 1887, p. 304.

Lorsque le Tribunal, usant de la faculté que lui accorde l'article 246, ordonne qu'il sera sursis au prononcé du jugement, il doit maintenir ou prescrire l'habitation séparée ; l'épreuve a d'autant plus de chance de réussir que les époux auront un domicile distinct. Il doit en même temps maintenir ou prescrire les mesures provisoires que la situation rend nécessaires.

En principe et pendant l'instance en divorce, les époux peuvent conserver leur résidence commune ; le président ou le tribunal n'ordonne une résidence séparée que lorsque l'un des époux la demande (art. 236, 238, §§ 2 et 5). Ici au contraire, l'habitation séparée est obligatoire et le tribunal doit la prescrire, même d'office. Coulon, *Man. form.* 5e Edit. p. 201. Curet, p. 175. Goirand, p. 145. Poulle, Rec. div. Smets. 1887, p. 305.

Qnand, au bout du délai fixé par le Tribunal, délai qui

ne peut excéder six mois, les parties persistent dans leurs projets, il n'y a plus aucun espoir de retour à la vie commune. Tous les moyens d'atermoiement ont été vains, il faut arriver au dénouement. Chacun des époux reprend ses droits. A ce moment, il faut hâter la solution, aussi l'un des époux n'a-t-il qu'à faire citer l'autre à comparaître au Tribunal dans les délais de la loi et, sur cette simple assignation, le jugement *définitif* de divorce doit être prononcé par le tribunal ; c'est là une cause péremptoire de divorce, le Tribunal n'a plus qu'à constater que le délai imparti par lui s'est écoulé sans réconciliation et à prononcer le divorce.

Cela résulte clairement des termes impératifs de notre article 246.

L'article 246 contient, on le voit, une innovation très importante que nous retrouverons à l'occasion de la transcription. Aux termes de l'ancien article 260, c'était le demandeur seul, qui, le délai expiré, pouvait requérir le tribunal de statuer définitivement sur la demande. D'après l'article 246, ce droit appartient indistinctement aux deux époux. La loi n'a pas voulu que le défendeur fût obligé de rester indéfiniment et jusqu'à ce qu'il plût à son conjoint de la faire cesser dans cette situation anormale qui n'est ni le mariage, ni le divorce.

Aucun texte n'impartit aux conjoints après l'expiration de la période d'épreuve fixée par l'article 246, un délai pour faire prononcer le divorce. Pourraient-ils donc le faire prononcer en vertu de la procédure antérieure, après dix ans, après vingt ans ? Ou ne tomberaient-ils pas alors au contraire sous le coup de la péremption d'instance établie par les articles 397 et suiv. C. Pr. civ. ?

Bien qu'on puisse dire que le jugement qui prononce

le sursis admet implicitement le divorce, nous pensons que la péremption doit s'appliquer à l'hypothèse qui nous occupe comme à toute instance qui n'est pas terminée par un jugement définitif. Les époux qui auraient laissé écouler trois ans sans faire l'unique acte de poursuite requis par l'article 246, seraient donc déchus à nos yeux du droit de poursuivre le divorce par un simple acte, et seraient tenus de recommencer *ab ovo* toute la procédure. Mais cette négligence qui ne serait pas par elle-même et par elle seule exclusive de toute idée de réconciliation, ne l'impliquerait pas non plus fatalement, croyons-nous. *Sic.* Carpentier, *op. citat.* p. 150.

Le délai de six mois est-il invariable ; en d'autres termes, le Tribunal pourrait-il l'abréger ou le prolonger ? A notre avis, l'ajournement ne peut excéder six mois, mais il peut être moindre ; la loi n'indique qu'un maximum.

Le délai est franc, le *dies a quo* et le *dies ad quem* n'y sont pas compris. Liège, 3 mars 1887. Coulon, *op. citat.* t. III, art. 246.

Le point de départ du sursis est, en principe, le jugement qui le prononce, mais plusieurs hypothèses peuvent se présenter. Si le jugement contradictoire ou par défaut n'est pas frappé d'appel dans le délai de la loi, il devient définitif et sert de point de départ. S'il est frappé d'appel et confirmé par arrêt définitif, c'est encore du jugement que court le délai ; seulement l'appel est suspensif, de telle sorte que quand la Cour statuera plus de six mois après la prononciation du jugement, le délai pourra se trouver prolongé. La Cour d'appel ne peut, dans ce cas, prononcer le divorce que si elle infirme le jugement de sursis sur l'appel du demandeur. Lorsqu'elle estime que le tribunal a prononcé le sursis avec raison, elle ne

peut admettre le divorce, encore que les six mois d'épreuve soient écoulés, parce que l'appel ne l'a pas saisi de la question de prononciation du divorce, mais seulement de celle de savoir si la demande était bien établie et s'il était juste et convenable de surseoir.

Si un arrêt confirmatif est l'objet d'un pourvoi en cassation, le pourvoi n'est pas suspensif car, en matière de divorce, un pourvoi n'est suspensif qu'autant qu'il s'applique à un arrêt qui a prononcé le divorce ou confirmé un jugement qui le prononçait et le délai court toujours du jugement. La solution est la même si l'arrêt est cassé ; le délai court encore du jugement, mais l'échéance en reste suspendue jusqu'après décision définitive. *Sic.* Vraye et Gode, t. I, p. 283.

Le jugement définitif prononcé au cas de l'article 246 est susceptible d'opposition et d'appel, mais il faut bien reconnaître que ces voies de recours n'auront guère d'intérêt que dans le cas où la question de réconciliation sera en jeu.

L'article 246 fait, en réalité, disparaître l'article 261 Code civ. pour rétablir la procédure ordinaire du divorce, même lorsqu'il est demandé en vertu de l'article 232 Code civ.

L'article 261, dit l'exposé des motifs, réglait, pour le cas où le divorce était demandé à raison de la condamnation de l'un des époux, une procédure extrêmement sommaire dans laquelle, d'après l'opinion commune, le défendeur n'était même pas mis en cause. Le projet ne maintient pas cette procédure exceptionnelle. Mais, si l'on se place à un autre point de vue, l'art. 261 étant abrogé, la demande de divorce basée sur l'article 232 sera instruite et jugée en la forme ordinaire.

« On nous a posé, dit M. Labiche dans son rapport, la question de savoir ce que deviendrait la procédure dans le cas où l'époux, par exemple, serait à la Nouvelle-Calédonie. On a manifesté la crainte de voir la procédure impraticable par suite des délais de distance.

» Voici ce que nous répondons :

» Cette observation est juste si on se place au point de vue de l'article 261, la condamnation de l'un des époux devant entraîner, *ipso facto*, le divorce lorsque l'autre époux le demande.

» La majorité de la commission s'est placée à un autre point de vue.

» Elle a pensé que le condamné, quelque indigne qu'il fût, n'en continuait pas moins d'exister au regard de sa femme et de ses enfants.

» La disposition adoptée est une assimilation à ce qui se passe en matière de mariage d'enfants de condamné.

» Des renseignements recueillis, il résulte que le père condamné est toujours consulté.

» On s'est demandé si le cas d'adultère pourrait être assimilé à celui d'une condamnation à une peine afflictive et infamante, et si, par conséquent, on ne devait pas refuser au Tribunal, en ce cas, la faculté d'ajourner sa décision.

» Il a été répondu qu'il n'y avait aucune raison sérieuse pour ne pas permettre, même en ce cas, l'ajournement. — Le temps, a-t-on dit avec raison, peut adoucir le ressentiment de l'époux qui a été offensé, et un délai peut faciliter un rapprochement.

» On a ajouté qu'il fallait s'associer à l'esprit du Code civil, qui avait été, certainement, de multiplier les chances de réconciliation.

» On ne devait donc négliger aucune de ces chances, si faible qu'elle pût être. Toutefois, une modification est apportée à la disposition actuelle : le temps d'épreuve qui, aujourd'hui, peut aller jusqu'à un an, ne pourra plus excéder six mois. » V. Coulon, *op. citat.* t. II, 1re et 2e parties, art. 246.

B. Mesures de garanties prescrites en faveur du défendeur défaillant.

Il importe que les décisions par défaut en matière de divorce soient aussi rares que possible. C'est afin d'atteindre ce but que le paragraphe premier de l'article 247, donne au tribunal, lorsqu'il est placé en présence d'un défaut, la faculté, avant de prononcer son jugement sur le fond, d'ordonner une publicité.

La disposition du § 1er de l'article 247 se justifie d'elle-même, mais la loi n'oblige pas le tribunal à ordonner les insertions sus-indiquées ; il peut en effet se présenter telles circonstances où cette mesure serait inutile, dans le cas, par exemple, où il serait établi que le défendeur, bien que l'assignation ne lui ait pas été délivrée à personne, a eu néanmoins connaissance de la demande. Depeiges, n° 98. Carpentier, p. 154. Curet, p. 178. Coulon, *Man. form.* 5e édit. art. 247. L'article 247 ne détermine pas le délai dans lequel le tribunal, après avoir ordonné l'insertion, devra statuer au fond ; la loi s'en rapporte, à cet égard, à son appréciation. Ce délai peut, suivant les cas, être plus ou moins long ; la loi ne pouvait le fixer *a priori*. Coulon, *Man. Form.* 5e édit. art. 247. Carpentier, p. 154. Curet, p. 178. *Contra.* Depeiges, n° 98.

Mais en quoi consistent précisément les mesures de pu-

blicité qu'il convient au tribunal d'ordonner? Elles consistent dans l'insertion à faire dans un certain nombre de journaux, dont le choix et le nombre sont laissés à la discrétion du tribunal, et non du demandeur, (observation de M. Le Guen) d'avis destinés à éclairer le défendeur sur la demande dont il est l'objet, sans que ces avis soient nécessairement la reproduction de l'assignation ou de toute autre pièce de la procédure, et sans même qu'il soit nécessaire qu'ils indiquent qu'il s'agit en réalité d'une demande de divorce. C'est ce qui résulte d'explications fournies au Sénat dans les séances des 10 et 22 décembre 1885. V. Coulon, *Le div. et la sép.* t. II, 1re partie et 2e partie, art. 247. Il suffirait donc à la rigueur que l'avis portât que telle personne déterminée est invitée à se présenter au greffe pour prendre connaissance d'une action dirigée contre elle.

Nous disons que le tribunal est maître de la désignation des journaux où doit se faire l'insertion. Il ne nous paraît pas en effet que le décret du 17 février 1852 relatif à l'indication des feuilles destinées à recevoir les annonces officielles et légales régisse la matière qui nous occupe. Aussi bien pourrait-on se demander si ce décret lui-même n'a pas été abrogé par le décret du gouvernement de la défense nationale du 28 décembre 1870 (S. 1871, p. 18) (bien que ce dernier n'ait jamais été appliqué, croyons-nous, en pratique) et si l'un et l'autre n'ont pas eux-mêmes perdu toute efficacité depuis la loi du 29 juillet 1881.

Le tribunal pourrait donc à son gré choisir ces journaux non seulement dans le ressort, mais même hors du ressort, particulièrement s'il lui paraissait résulter des circonstances de fait que la véritable résidence du dé-

fendeur fût en dehors de sa circonscription judiciaire.

Il pourrait également fixer le nombre et le renouvellement des insertions à faire. *Sic.* Carpentier, p. 154. Curet, p. 178. Depeiges, n° 97. Goirand, p. 129. Vraye et Gode, t. I, p. 245. A s'attacher exclusivement à la lettre de l'art. 247, il semblerait résulter que les insertions ne pourraient avoir lieu qu'au moment de rendre le jugement définitif. Mais cette interprétation serait évidemment trop étroite. Ce que la loi désire, avant tout, cela résulte de l'exposé des motifs, V. Coulon, *Le div. et la sép.* t. II, 1re partie, c'est que le défendeur soit averti le plus tôt possible de l'action dirigée contre lui. Or il peut être particulièrement intéressant qu'il en soit averti avant l'enquête, puisque l'enquête doit être accomplie dans des délais déterminés, et qu'il semble impossible qu'une constitution d'avoué, faite par le défendeur après qu'ils sont expirés, puisse avoir pour effet de les rouvrir. Carpentier, p. 155. Ce point mis à part, il n'est pas douteux au surplus que l'intervention du défendeur, à quelque moment de la procédure qu'elle se produise, aura pour résultat de rendre l'instance contradictoire, et de rendre inutiles les dispositions dont nous nous occupons à l'heure actuelle et celles qui deviendraient nécessaires pour l'avenir conformément à l'article 247.

Le jugement qui prescrit l'insertion de l'avis a un caractère spécial ; il n'est ni interlocutoire, ni même préparatoire, car il n'est rendu ni pour l'instruction de la cause, ni pour mettre le procès en état de jugement définitif et il ne prescrit aucune preuve, vérification ou instruction pouvant préjuger le fond. Il n'a pas le caractère d'une décision contentieuse puisqu'il intervient en dehors des conclusions du demandeur. A ce titre, il n'est pas susceptible

d'appel. Le considérât-on, d'ailleurs, comme un jugement préparatoire, que l'on arriverait indirectement à la même solution. En effet, l'appel d'un jugement préparatoire n'est recevable qu'après le jugement définitif et qu'en même temps que l'appel de ce dernier. Or, dans notre matière l'appel interjeté après le jugement définitif serait sans objet puisque le jugement définitif n'a pu être rendu qu'après l'exécution complète de la décision prescrivant l'insertion. *Sic.* Vraye et Gode, t. I, p. 256. Le jugement ou l'arrêt qui prononce le divorce, porte le second alinéa de l'article 247, est signifié par huissier commis. Si cette signification était l'œuvre d'un huissier non commis, faudrait-il la tenir pour nulle et non avenue? La négative nous paraît certaine, on ne concevrait pas, en effet, si cette signification avait été faite à personne qu'elle fût impuissante pour faire courir les délais d'opposition. Et nous verrons bientôt d'autre part que ces délais sont tout à fait indépendants de la signification lorsqu'elle a été faite simplement à domicile. Carpentier, p. 155. Vraye et Gode, t. I, p. 254. Coulon, *Man.-form.* 5e Edit. art. 247.

Quand le jugement ou l'arrêt par défaut n'a pas été signifié à la partie elle-même, le § 3 impose encore de nouvelles insertions dans les journaux indiqués par le président sur simple requête.

La disposition de la loi, contrairement à celle concernant la publicité possible de l'assignation est en ce dernier point impérative, les tribunaux devraient même ordonner d'office cette publicité s'il n'y était pas requis.

Toutes les autres particularités que nous avons signalées ci-dessus sur la publicité de l'assignation s'appliquent ici.

Lors donc que le jugement par défaut n'aura pas été

signifié à la partie elle-même, l'avoué aura le devoir de présenter la requête prescrite par cet article, afin de faire publier le jugement.

Cette publication n'a pour but que d'appeler l'attention du défaillant, de provoquer son opposition, mais elle ne dispense pas de la publicité spéciale édictée par l'art. 250.

Tout ce que nous venons de dire ne s'applique qu'aux jugements de défaut et encore aux jugements de défaut contre parties qui prononcent le divorce. La généralité des termes de l'article 247 permettrait de croire qu'il en est autrement, mais l'examen des travaux préparatoires nous a amené à adopter cette solution. V. Coulon, *Le div. et la sép.* t. II, 1[re] partie. Exposé des motifs, et 2[e] partie, art. 247. *Sic.* Carpentier, p. 156. Vraye et Gode, t. I, p. 291. Il faut ajouter aussi que ces dispositions sont spéciales au divorce et ne doivent pas être étendues à la séparation de corps, mais en ce qui concerne le divorce elles s'appliquent indistinctement aux jugements et aux arrêts ; le troisième alinéa de l'article 247 se lie en effet de la façon la plus intime au second qui ne fait lui-même aucune différence entre les deux cas, enfin l'article 248 est tout à fait conforme à cette manière de voir. Carpentier, p. 156.

§ 6. *Des fins de non-procéder et de non-recevoir contre l'action en divorce.*

Il ne faut pas confondre les fins de non-recevoir avec les fins de non-procéder. La fin de non-recevoir est le moyen qu'un défendeur invoque pour faire tomber l'action intentée contre lui et qui écarte la cause, sans en permettre l'examen. Elle est relative au fond du droit. La fin de non-procéder, au contraire, est invoquée quand la pro-

cédure est irrégulière : la procédure doit alors être annulée, mais elle peut être recommencée. Laurent, t. III, p. 247. Poulle, *op. citat.* p. 164.

Quoique l'article 244 C. civ. ne prévoie que deux fins de non-recevoir, l'une tirée de la réconciliation et l'autre tirée du décès de l'un des époux survenu avant la transcription, les fins de non-recevoir et de non-procéder à l'action en divorce sont nombreuses. Les unes dérivent des causes que la loi a énumérées limitativement comme pouvant donner ouverture à la demande en divorce. D'autres résultent des principes généraux du droit; ce sont: la prescription, la renonciation à l'action, le manque de qualité dans la personne du demandeur. D'autres enfin, sont spéciales au divorce : la réconciliation, les torts réciproques, l'abandon par la femme du domicile qui lui a été provisoirement assigné par la justice, le fait par les époux après une réunion après un premier divorce, de pouvoir le demander une seconde fois. Goirand, p. 172. Coulon, *Man.-form.* 5e Edit. p. 175. Vraye et Gode, t. I, p. 137. Frémont, p. 153. Carpentier, p. 133. Curet, p. 74. De Folleville, Rec. div. Smets. 1889, p. 201.

L'action en divorce s'éteint, dit l'article 244, par la réconciliation. « La justice dans tous les temps accueillit » avec faveur cette espèce d'exception contre des deman- » des qu'elle ne peut entendre qu'à regret. La réconcilia- » tion de deux époux est toujours désirable : c'est sans » contredit le premier vœu de la société. Par la réconci- » liation toute action pour le passé doit être éteinte ; mais » si de nouveaux torts pouvaient occasionner de nouvelles » plaintes, ces griefs, effaceraient tout l'effet de la réconci- » liation comme elle aurait elle-même effacé les premiers » griefs et l'époux maltraité, d'autant plus intéressant

» qu'il aurait montré plus d'indulgence, rentrerait alors » dans tous ses droits. » Exposé des motifs du Code civil. V. Coulon, *Le div. et la sép.* t. II, art. 244.

C'est là d'ailleurs la consécration des principes de raison et de morale que notre ancienne jurisprudence avait aussi proclamés. (Pothier, nos 520, 521.) L'action en divorce est d'intérêt privé ; il est permis à chacun de renoncer à un droit ouvert dans son intérêt. De plus, les causes du divorce résultent en général d'une offense de l'un des conjoints envers l'autre; or, toute offense doit prendre fin par le pardon de l'offensé.

Qu'entend-on par réconciliation ? On peut définir la réconciliation, le pardon, par l'époux outragé, des injures qu'il a subies de la part de son conjoint. Deux conditions essentielles sont donc nécessaires pour qu'il y ait réconciliation : d'une part, le rapprochement des époux ; d'autre part, le pardon par l'époux outragé. Si ces deux conditions se trouvent réunies, il y a certitude qu'il y a réconciliation ; si l'une d'elles fait défaut, la réconciliation doit être suspectée. « Il faut avant tout, dit Demolombe (Livre I, du *Mariage*, titre VI, chap. I, p. 480), que les causes de séparation, *alias* divorce, aient été connues de l'époux demandeur à l'époque où ont eu lieu les faits desquels on induit sa renonciation. Car cette renonciation n'a de valeur que par sa volonté et il ne saurait avoir eu la volonté de renoncer à un droit dont il ignorait l'existence. »

Si l'époux outragé avait ignoré l'outrage, le rapprochement ne pourrait produire le réconciliation, car le pardon suppose deux choses : la connaissance de la faute et la volonté de l'oublier. C'est à ce critérium, la volonté du demandeur, qu'il faut en revenir pour apprécier en

connaissance de cause si le rapprochement momentané a produit la réconciliation. C'est, comme on le voit, une question de fait qui, comme telle, est abandonnée à l'appréciation souveraine du tribunal. Toutefois, le magistrat ne pourrait pas décider, à notre avis, que la réconciliation pour être efficace doit avoir une certaine durée. Peu importe en effet la durée du rapprochement, du jour où la réconciliation est intervenue, l'injure est effacée et l'action tombe. Mais il pourrait vérifier, selon nous, si la réconciliation a été réelle ou si elle n'a été qu'apparente. La réconciliation peut être expresse ou tacite. Elle est expresse lorsqu'elle se manifeste d'une façon claire et précise : ainsi, par exemple, lorsque l'époux outragé déclare dans une réunion de famille qu'il a pardonné à son conjoint et qu'il a repris avec ce dernier la vie commune ; qu'il assiste avec lui à la réunion et l'entoure de prévenances ; la réconciliation dans ce cas est évidente et ne peut laisser place à aucun doute. La réconciliation est tacite au contraire, lorsqu'elle s'induit d'un fait qui laisse supposer l'oubli de l'offense de la part du conjoint outragé. Seulement la réconciliation tacite n'éclate pas aux yeux comme la réconciliation expresse. Elle a besoin d'être recherchée dans les faits et de s'induire des circonstances. Quel que soit d'ailleurs le caractère de la réconciliation, qu'elle soit tacite ou expresse, elle produit le même effet : elle éteint l'action. Coulon, *Man. form.* 5e Edit. art. 244. Goirand, p. 175. De Folleville, Rec. div. Smets. 1889, p. 200. Aubry et Rau, t. V, p. 185. Poulle, p. 170. Frémont, p. 162 et suiv. Curet, p. 74. Carpentier, p. 136.

Que la réconciliation s'applique à des faits antérieurs à l'action en divorce ou à des faits postérieurs, le résultat est le même. Elle enlève au demandeur le droit d'action

pour tous les faits connus de lui au moment où elle s'est produite. Une autre observation à faire de suite, les mêmes principes et les mêmes règles s'appliquent ici au divorce et à la séparation de corps. Voyons maintenant rapidement quels sont les faits d'où l'on peut induire la réconciliation.

Le premier fait qui vient à l'esprit est la cohabitation. Faut-il voir une fin de non-recevoir contre la demande en divorce ou en séparation de corps, lorsque, après les faits sur lesquels cette demande est fondée, la cohabitation a continué ? On ne peut répondre ici, en thèse générale, d'une manière absolue. Voir sur les hypothèses qui peuvent se produire, Coulon, *le div. et la sép.* t. III, art. 244. Nous savons que dès que la demande est formée, la femme peut être autorisée à vivre hors de la maison conjugale. Il est évident par suite que le retour de son plein gré de la femme au domicile conjugal, qu'elle soit demanderesse ou défenderesse pourra être considéré à bon droit comme une forte présomption en faveur de la réconciliation. Aubry et Rau, t. V, n. 185. La reprise de la vie commune lorsqu'elle a lieu entre des époux que leur situation de fortune et le milieu social dans lequel ils vivent, mettent à même de suffire à leurs besoins personnels, et de choisir, si cela est nécessaire, deux habitations distinctes, pourra presque toujours être considérée comme la preuve d'une réconciliation suffisante pour élever une fin de non recevoir contre une action en séparation de corps ou en divorce ; il en sera de même d'une convention passée entre deux époux, à l'effet d'aller conjointement fixer leur domicile dans une nouvelle localité.

On doit encore considérer comme prouvant suffisamment la cohabitation et la réconciliation qui en résulte,

les démarches faites par la femme demanderesse elle-même pour rétablir la vie commune, lorsque ces démarches ont été suivies d'effet.

La grossesse de la femme est regardée par les auteurs et la jurisprudence comme une marque de pardon. Mais il sera prudent, lorsque la femme l'invoquera, de ne pas l'admettre avec autant de faveur que si elle était alléguée par le mari. M. Carpentier, p. 245, déclare qu'en principe la grossesse ne peut pas être considérée comme une cause péremptoire de réconciliation, puisqu'elle peut, au contraire, servir de base à une action en divorce. *Sic.* Demolombe, t. IV, n° 411. Poulle, p. 167.

Le plus souvent, ainsi que nous l'avons dit plus haut, la réconciliation se manifestera par la reprise de la vie commune et par le rétablissement de la cohabitation. Mais il n'est pas nécessaire que la réconciliation se manifeste de cette façon: Cass. 12 nov. 1862. Caen, 25 juillet 1882 et 14 mars 1883. Coulon, *op. citat.* t. III, art. 244. Allemand, t. II, n° 1386. Demolombe, *Mariage*, t. II, n° 406. Frémont, n° 293. Poulle, p. 167. Ainsi que l'écrit M. Labbé, S. 85. 2. 50 : « le terme réconciliation se réfère plutôt à un état des âmes et des volontés qu'à une manière de vivre..... La réconciliation existe dès qu'à la contrariété des sentiments a succédé l'harmonie des volontés..... Les volontés qui s'accordent produisent des effets notables et irrévocables avant d'avoir été suivis d'une exécution matérielle. »

On ne saurait considérer comme éteignant l'action en divorce ou en séparation de corps une simple tentative de réconciliation à laquelle se sont prêtés les époux, sous la condition que cette réconciliation deviendrait définitive dans le cas seulement où l'époux éventuellement défendeur

reviendrait sincèrement et d'une façon continue aux habitudes de la vie conjugale.

Sur le point de savoir si la réconciliation existe indépendamment du consentement du défendeur et par le seul fait de la renonciation unilatérale de l'offensé au droit de se prévaloir de l'offense, ou si elle n'implique pas au contraire un accord de volonté, et si cet accord même ne doit pas être suivi de réalisation, M. Carpentier, p. 137, s'exprime en ces termes : « Contrairement à l'opinion que nous avions soutenue nous-même avec un certain nombre d'auteurs, Depeige. *loc. cit.*, Botton et Lebon, art. 272, et aux termes de laquelle la renonciation équivaut à la réconciliation, M. Labbé sous Caen, 25 juillet 1882 et 14 août 1883 (S. 85. 1. 49), fait remarquer qu'il sera difficile à l'époux coupable de se prévaloir du pardon de l'offense, si ce pardon n'a pas été l'objet d'une sorte de débat entre les conjoints, ou du moins s'il n'a pas été suivi d'un apaisement des discordes domestiques, marqué ou non par une reprise de la vie commune (car ces discordes ne supposent nullement une séparation et sont plutôt dans l'état des esprits que des choses). « Sans doute, dit-il, l'époux offensé est le maître de la situation : il demande ou ne demande pas la séparation en toute liberté. S'il hésite, s'il surseoit, s'il attend, si même il incline d'abord vers l'oubli des injures, le mariage subsiste intact et l'autre conjoint est, par l'effet d'une volonté unilatérale, maintenu sous la règle des devoirs matrimoniaux. Mais l'époux coupable ne peut en tirer aucun avantage contre son conjoint. L'époux offensé ne se lie point par sa seule volonté ; il ne suscite point contre lui de fin de non-recevoir pour le cas où il changerait ensuite de volonté. La réconciliation n'existe pas. »

Nous nous associons très volontiers à ces remarques, en tant qu'elles se réduisent à une question de preuve. Il est évident en effet que la réconciliation sera très difficile à prouver si elle ne se manifeste pas par une sorte de pacte de famille entre les deux conjoints. A ce titre on conçoit donc qu'il puisse y avoir lieu de distinguer entre la renonciation unilatérale au droit de se prévaloir de l'offense qui se produira en dehors de toute instance, et celle, au contraire qui interviendra au cours du procès, car il est impossible que cette dernière ne laisse pas de trace, qu'elle ne concorde pas la plupart du temps avec un abandon de la procédure. On conçoit également qu'on soit tenté de mettre dans une classe à part la réconciliation survenue devant le magistrat chargé d'opérer la tentative de rapprochement, parce que cette conciliation s'accomplira la plupart du temps en présence du défendeur et qu'elle s'obtiendra à l'aide de concessions réciproques.

Mais de ce que la preuve de la réconciliation peut être selon les hypothèses plus ou moins facile, plus ou moins difficile à rapporter, s'ensuit-il que ses éléments varient avec les espèces, et qu'on ait le droit de lui attacher des effets différents, suivant qu'elle est le fait exclusif de l'époux offensé ou l'œuvre commune au contraire des deux parties ? ou nous nous trompons fort, ou c'est dans la proposition contraire que doit se trouver la vérité. Car la fin de non recevoir édictée par la loi n'a d'autre base que la volonté bien constatée de l'époux innocent de pardonner l'injure qui lui a été faite. Et puisqu'on reconnait qu'en dehors de toute intervention de l'époux coupable, l'époux innocent est absolument libre d'intenter ou non l'action à son gré, il nous semble qu'on doit reconnaître du même coup au défendeur le droit d'établir, que, s'il n'a pas été

poursuivi, c'est que son conjoint a consenti à oublier les griefs qu'il avait contre lui. *Eadem enim est vis taciti atque expressi.*

Nous arrivons par là à cette double conclusion 1° que si l'accord des deux époux est certain et surtout s'il est suivi d'exécution, il sera impossible au juge du fait de ne pas prononcer la fin de non-recevoir édictée par la loi sans violer cette loi elle-même et sans se soumettre par conséquent au contrôle de la cour régulatrice ; 2° mais qu'à l'inverse il sera bien difficile à cette même cour de critiquer une décision qui, en dehors de toute manifestation bilatérale de rapprochement, aurait conclu à la réconciliation, parce que cette réconciliation précisément ne réside pas dans un état matériel, mais dans un état d'esprit qu'il est difficile d'apprécier si on ne descend pas dans l'examen détaillé des faits, et qu'il n'appartient pas à la Cour de Cassation de se substituer sur ce point aux juges du fond.

Seulement il est bien évident que la réconciliation ne pourra s'induire que de faits impliquant chez leur auteur la volonté ferme et dès à présent certaine d'oublier l'injure subie, et qu'on ne saurait la faire résulter d'un pardon purement conditionnel, si la condition à laquelle l'époux offensé l'avait subordonnée, ne s'est pas accomplie.

Les arrêts de la cour de Caen, invoqués par l'éminent professeur à l'appui de sa thèse, ne nous paraissent pas avoir d'autre portée. Ils décident en effet, 1° l'un que la réconciliation, qui fait naître une fin de non recevoir au profit de l'époux défendeur contre l'action en séparation de corps, résulte *d'un désistement et d'un pardon* accordés librement et en connaissance de cause par l'époux devant le magistrat conciliateur, et suivis d'une convention entre les époux sur les voies et moyens de rétablir la vie

commune, et qu'il importe peu que quelques instants après le demandeur, ramenant sa femme devant le président, *ait déclaré rétracter son désistement.* — 2e L'autre : qu'une lettre écrite par le mari offensé, lettre où il annonçait l'intention de reprendre sa femme *sous de certaines conditions*, ne peut être invoquée comme preuve de la réconciliation si, d'une part, l'*offre de réconciliation* résultant de la lettre, *a été rétractée* avant que les conditions fussent acceptées ; si, d'autre part, *les conditions n'ont pas été remplies*, et si enfin la femme, après avoir exprimé un repentir, a ensuite adressé à son mari une lettre injurieuse.

Nous devons signaler cependant dans le sens de l'opinion opposée à la nôtre un jugement du tribunal de la Seine du 1er mai 1886 (*Gaz. Trib.* 15 mai 1886), qui a décidé, que, s'il est vrai qu'aux termes de l'article 272 C. c. l'action en divorce s'éteint par la réconciliation, cette réconciliation ne saurait s'entendre du pardon offert par l'un des époux, mais non suivi d'effet : qu'un tel acte ne constitue qu'une tentative de réconciliation, et que la réconciliation proprement dite doit être attestée par des faits extérieurs auxquels aient concouru dans un même esprit les parties intéressées. Dans l'espèce, la femme offensée avait, à l'occasion de la fête de son mari, écrit à celui-ci une lettre qui ne laissait aucun doute sur ses sentiments d'apaisement, et avait joint à l'envoi de cette lettre, celui d'un bouquet de fleurs.

Est-il besoin d'ajouter qu'il faut bien se garder en tous cas de confondre la fin de non-recevoir tirée de la réconciliation avec la simple fin de non-procéder tirée du désistement ou de l'abandon de la procédure, et que celle-ci, soit quant à ses conditions d'existence, soit quant à la

preuve qui peut en être fournie, se trouve exclusivement régie par les principes particuliers à la matière? » Carpentier, p. 140.

La réconciliation est une fin de non-recevoir péremptoire et d'ordre public; c'est-à-dire, d'une part, que, quand elle est établie, l'action est définitivement éteinte, et qu'en aucun cas le demandeur ne peut être relevé de cette déchéance, d'autre part, qu'elle peut être invoquée même pour la première fois en appel et d'office par les juges. Coulon, *Man. form.* 5e Edit. art. 244. Carpentier, p. 140. *Quid*? si elle intervient après le jugement, passé en force de chose jugée, mais avant la transcription du divorce? Nous pensons que dans ce cas le bénéfice du jugement étant définitivement acquis à l'époux qui a triomphé dans l'instance, l'article 244 ne parlant que de « l'action en divorce », les tribunaux ne pourraient intervenir pour faire défense à l'officier de l'état civil de transcrire le divorce. Après que la décision définitive a acquis l'autorité de la chose jugée, la réconciliation ne peut produire aucun effet. Coulon, *Man. form.* 5e édit. art. 244.

Le désistement donné par l'un des époux de la plainte en adultère qu'il avait portée contre son conjoint n'élève pas une fin de non-recevoir contre la demande de divorce ou de séparation de corps, ultérieurement formée. En effet, un désistement donné dans ces conditions n'implique pas à lui seul réconciliation. Le but du désistant peut être et sera souvent d'éviter, dans son propre intérêt et surtout dans l'intérêt de ses enfants, la flétrissure qu'une condamnation correctionnelle infligerait à son conjoint. La fin de non-recevoir tirée d'une réconciliation ne pourra donc être opposée au demandeur, dans notre hypothèse, que s'il y a eu à côté du désistement des circonstances faisant

présumer un pardon réel. Vraye et Gode, t. I, p. 143. Cass. 23 novembre 1864. Rouen, 18 novembre 1845. Coulon, *op. citat.*, t. III, art. 244, 229 et 230. Rousseau et Laisney, V° *Sép. de corps*, n° 162. *Contra*, Massol, *Séparat.* p. 147. Il n'en est pas de même dans le cas où le mari fait cesser l'effet de la condamnation pour adultère prononcée contre la femme en consentant à reprendre celle-ci, ainsi que l'article 337 § 2 du Code pénal lui en donne la faculté, car ici il s'agit bien d'une réconciliation, puisque l'effet de la condamnation ne cesse qu'autant que l'époux offensé a repris sa femme, ce qui implique nécessairement l'idée de pardon. « Le mari, disait l'orateur du Corps législatif en expliquant les dispositions de l'article 337 C. pénal, pourra, en reprenant sa femme chez lui, se livrer au plaisir de lui pardonner et jouira dans toute sa plénitude du droit de faire grâce et de resserrer les liens de l'amour par ceux de la reconnaissance. » Vraye et Gode, t. I, p. 145.

L'article 244 peut-il recevoir son application si le divorce est demandé pour cause de condamnation à une peine afflictive et infamante? Nous n'hésitons pas à répondre affirmativement. Les termes de notre article sont généraux et ne permettent aucune distinction. Le vœu du législateur est d'éviter le divorce et de faciliter la reprise de la vie conjugale; en outre, la honte résultant d'une telle condamnation est purement relative et si le conjoint du condamné ne s'en trouve pas diminué dans son honheur, l'ordre public n'a rien à voir dans cette question intime. A notre avis, les tribunaux apprécieront donc s'il y eu ou non réconciliation et leur décision sur ce point de fait sera souveraine. Toulouse, 7 juillet 1886. Coulon, *op. citat.* t. III, art. 244. Coulon, *Man. form.* 5e Edit. p. 176.

Depeiges, n° 52. Frémont, n° 322. Fuzier-Hermann sur l'art. 272. Carpentier, p. 137.

La réconciliation éteint l'action, toutefois, s'il survient de nouveaux griefs depuis la réconciliation, le demandeur peut faire revivre les anciennes causes à l'appui de sa nouvelle demande. Le pardon de l'époux offensé est conditionnel, il ne tient pas rigueur à son conjoint des faits qui auraient pu motiver sa demande, à condition que ce dernier ne retombera pas dans les mêmes errements. On s'explique dès lors que le législateur ait autorisé le demandeur à joindre les nouveaux motifs aux anciens. Nous allons examiner maintenant, quels doivent être le caractère et la nature de ces faits nouveaux ; quelle doit en être la gravité ; quelle doit être la gravité des faits anciens ; à quelle époque doivent s'être produits les faits anciens ; à quelle époque doivent s'être produits les faits nouveaux.

Quelle doit être la nature des faits nouveaux ? Cela revient à demander si les faits nouveaux, pour faire revivre les faits anciens qu'une fin de non-recevoir tirée de la réconciliation a fait rejeter, doivent être de la même nature que ces derniers.

Il semblerait au premier abord que l'affirmative dût être adoptée, puisqu'il est question ici d'une sorte de résurrection d'anciennes causes oubliées, que ces anciennes causes doivent pouvoir faire corps avec les nouvelles, se confondre en quelque sorte avec elles ; qu'il n'y ait plus à proprement parler de faits nouveaux, mais la continuation, la prolongation des faits anciens. C'est cette prolongation d'un état de choses, que la réconciliation devrait faire cesser, qui constitue surtout la violation du pacte qui l'a déterminé.

Cette doctrine nous paraît cependant bien sévère ; la

rechute de l'époux défendeur peut se produire de bien des manières, revêtir des formes très différentes. Par exemple, la femme adultère à qui son mari a pardonné, qui n'a demandé grâce que pour éviter le scandale d'une action publique ou peut-être un danger pour la vie de son amant, pourra, tout en tenant des promesses de fidélité ultérieure qu'elle aura faites moyennant le pardon, ressentir un dépit profond de l'humiliation résultant pour elle du pardon lui-même. Et Dieu sait quelles formes pourra revêtir la manifestation de ce dépit ! Nous croyons qu'en pareil cas le demandeur ne doit pas être victime de sa propre clémence, et que si des faits nouveaux, quels qu'ils soient, quand même ils seraient absolument étrangers par leur nature et leur portée à ceux qui avaient antérieurement motivé de sa part une demande en divorce ou en séparation de corps se produisent, il pourra dans une action nouvelle faire revivre tous ses anciens griefs.

Cette opinion a d'ailleurs été unanimement adoptée par la jurisprudence et les auteurs. Nous répondrons donc à notre première question : quels doivent être la nature et le caractère des faits nouveaux.

L'époux demandeur peut invoquer, à l'appui de sa demande, des faits anciens éteints par réconciliation bien qu'ils ne soient pas de la même nature que les faits nouveaux qui les ont fait revivre. — Spécialement, des sévices postérieurs à la réconciliation permettent d'invoquer des injures antérieures. V. Jurisprudence constante. Coulon, *op. citat.* t. III, art. 244. Frémont, p. 176 et 177. Coulon, *Man. form.* 5e édit. p. 177. Duranton, t. II, n° 566. Massol, p. 70. Demolombe, t. IV, n° 423. Zachariæ, Massé et Vergé, t. I, § 139, note 8. Laurent, t. III, n° 212. Aubry et Rau, t. V, p. 186 § 492. Il suffit d'ailleurs que les faits

nouveaux et anciens soient, par leur nature, constitutifs de causes de séparation de corps.

Notre seconde question est celle de savoir quel degré de gravité les faits nouveaux doivent eux-mêmes atteindre pour faire revivre les faits anciens, qu'une fin de non recevoir tirée de la réconciliation a fait rejeter une première fois.

Les raisons qui pourraient faire décider que la gravité de ces faits devrait être égale à celle des faits anciens sont les mêmes que celles que nous avons exposées et combattues dans l'examen de la première question et qui tendaient à établir que la nature des faits nouveaux devait être identique à celle des faits anciens. Nous avons démontré suffisamment l'illogisme et l'iniquité de cette prétention, qui ne fait porter l'engagement de l'époux coupable que sur un fait ou une catégorie de faits nous ne recommencerons pas la démonstration, les raisons de décider sont ici les mêmes.

Aussi sommes-nous d'accord avec la Jurisprudence, V. Coulon, *op. citat.* t. III, art. 244, et la doctrine, qui décide que les faits nouveaux pourront faire revivre les anciens, sans qu'il soit nécessaire qu'ils aient eux-mêmes le degré de gravité suffisant pour entraîner seuls l'admission d'une action en divorce ou en séparation de corps. L'article 244 n'exige pas que les faits postérieurs à la réconciliation soient tellement graves qu'ils suffisent à eux seuls et indépendamment des faits antérieurs pour motiver le divorce. Il y a lieu cependant d'examiner si les torts sont de la nature de ceux que la loi qualifie causes de divorce, et quel est leur degré de gravité. Coulon. *Man. form.* 5e édit. p. 177. Frémont, p. 180. Duranton, t. II, n° 566. Massol, p. 71. Demolombe, t. IV, n° 423 ; Laurent,

t. III, n° 212. Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 649. Aubry et Rau, t. V, p. 186, § 492, note 16. Fuzier-Hermann, sur l'art. 273 n° 10. Le pouvoir d'appréciation du juge est d'ailleurs absolu et échappe à la censure de la Cour de Cassation.

Nous sommes arrivé à notre troisième question. Quelle doit être la gravité des faits anciens pour que les faits nouveaux invoqués par le demandeur puissent les faire revivre ?

Cette question est proche parente de la précédente; on peut même dire qu'elle n'en est que la contre-partie.

Ainsi, pour les raisons que nous avons déjà fait valoir, adopterons-nous une solution identique, c'est-à-dire que, suivant nous, des faits articulés à l'appui d'une première demande et qui auraient été écartés comme inadmissibles, sans gravité ou non prouvés, peuvent être reproduits dans une seconde instance fondée sur des faits postérieurs au rejet de la première. Plus spécialement les faits déjà déclarés non pertinents et inadmissibles sur une première demande en séparation ou en divorce peuvent ultérieurement, quand ils se rattachent à de nouveaux faits, être déclarés pertinents et admissibles. V. Jurisprudence. Coulon, *op. citat.* t. III, art. 244. Coulon, *Man. form.* 5e édit. p. 177. Frémont, p. 182. Demolombe, t. IV, n° 425. Duranton, t. II, n° 568. Aubry et Rau, t. V, p. 187. Laurent, t. III, n° 212.

Au point de vue de la manière dont le juge pourra procéder quant à l'examen des faits, il résultera de ce qui précède que lorsqu'après une réconciliation, une nouvelle demande en divorce ou en séparation est intentée, le juge ne doit pas d'abord examiner les faits nouveaux, il peut commencer par les anciens. Frémont, p. 182.

Nous devons examiner en quatrième lieu à quelle époque les faits anciens doivent s'être produits pour pouvoir être ravivés par les faits nouveaux. Ici encore, la règle que nous appliquerons sera la même : celle de l'appréciation souveraine du juge dans son acception la plus large ; c'est ainsi d'ailleurs que l'entend la jurisprudence, V. Coulon, *op. citat.* t. III, art. 244, lorsqu'elle décide que l'article 273 (nouvel article 244) doit être appliqué même au cas où les faits anciens auraient été suivis de réconciliation avant toute demande en séparation ou en divorce. Frémont, p. 183. Coulon, *Man. form.* 5e Edit. art. 244. Zachariæ, t. III, p. 362. Demolombe, t. IV, n° 422. Aubry et Rau, t. V, p. 186, § 492. Laurent, t. III, n° 212.

Enfin, nous avons en dernier lieu à nous demander à quelle époque les faits nouveaux doivent s'être produits. La réponse est faite, ils devront s'être produits à n'importe quelle époque. Ce qu'on entend par faits nouveaux, ce sont les faits nouvellement produits en justice ; ainsi, le conjoint qui a échoué dans une première demande et qui en intente une nouvelle en se fondant sur des faits postérieurs au rejet de la première, peut, sans violer l'autorité de la chose jugée, se prévaloir des faits antérieurs à cette première demande et qu'il n'avait pas originairement articulés, soit parce qu'il ne les connaissait pas alors, soit même parce qu'il avait l'intention de les dissimuler. V. Jurisprudence, Coulon, *op. citat.* t. III, art. 244. Frémont, p. 184. Le Senne. *Sép. de corps*, n° 321. Demolombe, *op. cit.* Duranton, t. II, n° 568. Aubry et Rau, t. V, p. 186, § 492. Laurent, *op. citat.*

Mais il pourra résulter de l'époque même où les faits nouveaux invoqués par le demandenr se seraient passés, un nouvelle fin de non-recevoir.

Ainsi, en matière de divorce, sans qu'il soit formé une nouvelle demande, l'exception de réconciliation doit être rejetée si, postérieurement aux faits invoqués à l'appui de cette réconciliation, il a surgi des faits graves de nature à en détruire les effets. Frémont, p. 184.

L'exception de réconciliation peut être proposée à toutes les périodes de la procédure, spécialement pendant la contre-enquête du défendeur.

Toutefois cette exception doit être jugée séparément avant le fond dont l'instruction doit être suspendue aussitôt que l'exception est soulevée ; ainsi le défendeur ne pourrait incidemment pendant l'enquête sur le fond, interroger les témoins sur l'exception de réconciliation.

Si donc le défendeur soulève de cette façon l'exception pendant l'enquête, il y a lieu de renvoyer préalablement les parties à l'audience, et si les parties le requièrent, le tribunal pourra proroger l'enquête interrompue jusqu'à la décision sur l'incident. Coulon, *op. citat.* t. III, art. 244.

Un fait qui doit être naturellement étudié ici, parce qu'il implique réconciliation, c'est la renonciation à l'action. En matière de divorce, le demandeur peut renoncer à sa demande, la renonciation est une cause d'extinction. En conséquence, les tribunaux pourront, sans violer aucune loi, admettre le défendeur à prouver des faits pertinents de renonciation.

Ainsi, on a pu décider, sans violer aucune loi, que la transaction entre deux époux plaidant en divorce, et, par suite le désistement pur et simple donné par l'époux demandeur, élèvent une fin de non-recevoir contre la nouvelle demande qui ne serait fondée que sur des faits antérieurs à la transaction, encore bien que cette transaction, subordonnée par l'acte à l'homologation de la justice,

n'ait pu obtenir cette homologation, comme opérant une séparation de corps volontaire. Coulon, *op. citat.* t. III, art. 244. Goirand, p. 180.

Quant au mode de preuve à employer pour établir la réconciliation, nous pensons qu'il y a lieu de recourir aux divers modes consacrés par le droit commun. En cas de dénégation par le demandeur de la fin de non-recevoir tirée de la réconciliation, le défendeur peut justifier de ce moyen de droit, soit par des documents écrits, soit par des témoignages.

D'autres modes de preuves, et notamment l'aveu, l'interrogatoire sur faits et articles et le serment peuvent-ils être employés ?

Nous avons déjà dit que ces trois derniers modes de preuve ne devaient pas être admis seuls pour établir le bien fondé d'une demande en divorce, parce que ce serait prêter la main à une collusion et rétablir indirectement le divorce par le consentement mutuel. L'inconvénient n'est pas le même quand il s'agit de la réconciliation, puisque, celle-ci non établie, le divorce n'en découle pas nécessairement et que les juges ont encore à apprécier la nature des causes invoquées à l'appui de la demande. Aussi n'hésitons-nous pas à admettre ces trois modes de preuve. M. Goirand, p. 111, se prononce dans le même sens. *Sic,* Coulon, *Man.-form.* 5e Edit. p. 169. Curet, p. 77, Frémont, p. 198, Poulle, p. 170. Carpentier, n° 290, p. 249 et 250. Demolombe, t. IV, n° 420. *Contra,* Laurent, t. III, n° 210. Botton et Lebon, p. 112 et 113. Voir la jurisprudence. Coulon, *op. citat.* t. III, art. 244 et 245.

Disons quelques mots maintenant des autres fins de non-recevoir de droit commun que l'on propose d'étendre à la matière du divorce, et principalement de la compensation

et de la prescription. Nous avons vu en effet, plus haut, que bien que le législateur n'ait parlé que de la réconciliation, on était d'accord pour décider que d'autres fins de non-recevoir étaient susceptibles d'être appliquées à la matière du divorce. Et d'abord qu'est-ce que la compensation? Il y a compensation en matière de divorce lorsque les époux ont des griefs réciproques à faire valoir l'un vis-à-vis de l'autre, de telle sorte que si l'un des conjoints saisissait le tribunal d'une demande en divorce, l'autre pourrait faire échec à cette action en opposant les torts du demandeur à son égard.

A première vue on est porté à croire que la compensation ainsi envisagée est une fin de non-recevoir très équitable et très rationnelle. On conçoit très bien, en effet, que l'époux froissé dans sa dignité ou dans ses sentiments intimes, cherche à se soustraire aux liens du mariage et à se séparer à jamais de son conjoint. Mais si celui-ci à été lui-même l'objet, de la part du demandeur, d'injures sanglantes ou imméritées, s'il y a eu provocation de fait du demandeur, on est moins disposé à lui donner satisfaction, et on trouve des circonstances atténuantes en faveur du défendeur. Mais, en réfléchissant, une solution différente s'impose à l'esprit. On arrive à rejeter cette fiction en vertu de laquelle une injure peut être éteinte par une autre injure. La morale réprouve de semblables calculs. Parce qu'un outrage aura, en effet, été opposé à un outrage, empêchera-t-on les deux outrages d'exister? le second fera-t-il disparaître le premier ? On ne paie pas une offense par une offense, dit Laurent (*Principes du droit civil*, tome III). N'y aurait-il plus de vol si le voleur était volé à son tour ? Dirait-on que les deux vols se compensent ? Il serait tout aussi absurde, tout aussi

immoral de dire que les torts des deux époux se compensent réciproquement et qu'il n'en naît plus aucune action. Logiquement, il faut dire qu'il en naîtra deux actions puisqu'il y a deux époux offensés. « Loin de là qu'il n'y ait plus cause de divorce, il y a double cause. » Nous partageons sur tous les points l'opinion de l'éminent professeur belge, qui est généralement adoptée aujourd'hui. Duranton et quelques autres jurisconsultes sont néanmoins d'un avis contraire. Il est bien entendu toutefois que, s'il n'y a jamais de compensation possible en matière de divorce, néanmoins les torts du demandeur pourront atténuer dans une certaine mesure ceux du défendeur.

C'est au tribunal dès lors à examiner si les faits amoindris par la réciprocité, sont suffisants ponr faire prononcer le divorce. Voir aussi *supra*, chapitre I, sections I, II et III, ce que nous disons sur la compensation des torts, en matière d'adultère, en matière d'injures et de sévices et en matière de condamnation à une peine afflictive et infamante. *Sic.* Coulon, *Man. form.* 5e Edit. p. 180. Frémont, p. 185. Poulle, p. 171. Goirand, p. 183. De Folleville, *op. citat.* p. 201. Curet, p. 81. Demolombe, t. IV, no 415 etsuiv. Toullier, t. I, p. 362. Valette, Explic. somm. p. 140. Aubry et Rau, t. V, p. 188, § 493. Massé et Vergé, t. I. p. 253. Demante, t. II, p. 9. Fuzier-Hermann, Code civil annoté, art. 272, no 39. Voir pour la jurisprudence. Coulon, *Le div. et la sép.* t. III, art. 229. 230. 231. 232 et 244.

M. Carpentier, p. 117, présente sur cette question un système mixte qu'il formule en ces termes: « Etablissant une distinction fondamentale entre les causes péremptoires de divorce et celles dont la reconnaissance est laissée à l'appréciation discrétionnaire des magistrats, nous

proposerons, dit-il, un système mixte : en ce qui concerne les premières, nous dénierons d'une façon absolue aux juges du fait le pouvoir d'invoquer, soit pour leur enlever toute portée, soit même seulement pour les diminuer et les restreindre, les moyens tirés de l'atténuation et de la provocation : en ce qui concerne les secondes, nous ne leur accorderons ce dernier droit qu'autant qu'il sera démontré que les torts du demandeur ont eu une cause déterminante sur ceux du défendeur.

Nous arrivons ainsi aux solutions suivantes :

1. Demande unique basée sur l'adultère, sur la condamnation à une peine afflictive ou infamante, ou sur les excès dans l'opinion qui fait des excès une cause péremptoire de divorce : les tribunaux sont obligés d'accorder la demande malgré les torts du demandeur.

2. Demande réciproque formée par les deux époux pour les mêmes motifs : les tribunaux, placés dans l'impossibilité de compenser les deux demandes, sont tenus de les accueillir toutes les deux, si la seconde est également basée sur une cause péremptoire ; peuvent n'accueillir que la première dans le cas contraire.

3. Demande unique basée sur des sévices ou injures graves, ou demande réciproque basée sur des faits de cette nature, dont l'appréciation est laissée aux tribunaux, sans qu'il soit démontré que les torts du demandeur aient déterminé ceux du défendeur : Même solution, c'est-à-dire nécessité pour les juges de considérer isolément chaque demande sans pouvoir faire de l'une à l'égard de l'autre une cause d'atténuation par provocation ou autrement.

4. Même hypothèse, avec cette circonstance, en plus, qu'il est démontré que le défendeur n'a été poussé aux actes qu'on lui reproche que par les actes répréhensibles

du demandeur : les juges sont alors libres, en cas d'une demande unique, de l'accueillir ou de la rejeter ; en cas de demandes réciproques, soit d'accueillir chacune d'elles, soit de les rejeter également, soit enfin de faire droit à l'une et d'écarter l'autre.

Comme on le voit, ce système diffère de celui auquel s'est arrêtée la doctrine, en ce sens qu'il admet, pour des hypothèses fort restreintes d'ailleurs, la possibilité d'une influence des torts de l'un des époux sur les torts de l'autre, pourvu que les uns puissent être considérés comme la suite et la conséquence des autres.

Il s'éloigne d'autre part, des solutions généralement acceptées en jurisprudence, en ce sens qu'il n'admet pas que des torts qui n'ont aucune relation avec d'autres torts, puissent être pris en considération à l'effet de modifier leur caractère ou leur gravité.

Il se distingue enfin de l'un et de l'autre, par la différence qu'il établit entre les différentes causes de divorce. »

Arrivons maintenant à la prescription. Peut-on tirer une fin de non-recevoir du laps de temps écoulé entre la demande en divorce et les causes déterminées ou péremptoires du divorce? En d'autres termes, y a-t-il un délai quelconque dans lequel l'action en divorce doit être portée devant le tribunal? La question ainsi posée est très controversée. Certains auteurs, tels que Laurent, soutiennent que la prescription trentenaire est applicable au divorce. Ils se fondent : 1° sur le silence de la loi ; 2° sur l'article 2262 du Code civil aux termes duquel les actions personnelles se prescrivent par trente ans. On leur oppose, il est vrai, l'article 2253 qui déclare que la prescription ne court pas entre époux. Mais ils répondent que la disposition de l'article 2253 ne saurait avoir ici d'application ; que si elle

régissait la matière, l'action ne pourrait jamais être intentée. Ce serait transformer, en une cause d'imprescriptibilité, une cause de suspension, puisque la prescription pendant le mariage n'est que suspendue et peut s'exercer après la dissolution du mariage. Nous partageons cette manière de voir qui est vivement combattue par Demolombe dans son *Cours de Code Napoléon*, livre I, titre VI, chapitre premier.

D'après ce jurisconsulte nul texte n'ayant établi un délai fatal dans lequel la demande en divorce devrait être formée, on ne saurait suppléer à la loi et créer une sorte de prescription particulière. En conséquence, une demande peut toujours être admise si anciens que soient les faits sur lesquels elle se fonde. Lorsque nous aurons ajouté que d'autres auteurs, Toullier notamment, prétendent qu'il faut étendre au divorce la prescription de l'art. 957 du C. civ., nous aurons fait connaître les systèmes les plus répandus. Coulon, *Man.-form.* 5e Edit. p. 181. Voir aussi sur cette question, Frémont, p. 195. Goirand, p. 183. De Folleville, p. 201. Morael, *De la conversion*, p. 90. Poulle, p. 171. Curet, p. 80.

Quelques mots maintenant sur les fins de non-recevoir de droit commun, défaut de qualité du demandeur, non pertinence des faits.

Nous avons étudié la question de savoir quelles personnes pouvaient intenter l'action en divorce. V. *supra*. Chapitre II. Sect. I. Il est évident que si une autre personne que celles que nous avons énumérées comme ayant qualité pour agir intente une action, une fin de non-recevoir pourra lui être péremptoirement opposée de ce chef.

S'il y a doute sur l'identité du demandeur, s'il est contesté qu'il ait réellement la qualité d'époux, ces questions

ne peuvent être elles-mêmes résolues que par des décisions judiciaires. Ce seront là des questions préjudicielles que le juge devra résoudre avant de passer à l'examen de la demande en divorce ; il ne devra statuer sur cette dernière qu'en parfaite connaissance de cause. Coulon, *Man.-form.* 5[e] Edit. p. 181. Frémont, *op. citat.* p. 194.

Une autre fin de non-recevoir pourra sans aucun doute être tirée de la non-pertinence des faits invoqués par le demandeur, quand celui-ci aura basé sa demande sur des causes ne rentrant point parmi celles que le législateur a énumérées dans les articles 229 et s.

Il est inutile dans ce cas de rechercher si les faits invoqués par le demandeur sont ou non établis, *frustra probatur quod probatur non relevat.* Cette fin de non-recevoir touche de bien près au fond du litige. Nous avons déjà examiné cette question. Comme le fait très judicieusement remarquer M. Villequet, en acceptant comme vrais les faits exposés, elle dispense de l'appréciation des circonstances de la cause et mène directement à un jugement (p. 104).

Au surplus, c'est quelquefois du manque de précision de l'articulation des faits que pourra naître cette fin de non-recevoir.

C'est ainsi, par exemple, qu'il a été décidé que la preuve offerte dans une poursuite en divorce de sévices, menaces et mauvais traitements, et de commerce adultérin avec une personne désignée, n'est pas pertinente lorsque la requête se borne à ces énonciations sans les préciser davantage. — Les faits articulés ne sont pas en effet assez précis dans ce cas pour permettre à la partie adverse de fournir la preuve contraire. Liège, 22 mai 1851. L'exception de non-pertinence des faits allégués par le demandeur

tient essentiellement au fond de la contestation. En conséquence, la vérification du fondement de cette exception ne peut avoir lieu qu'après le jugement d'admission de la demande en divorce. Gand, 13 août 1883. Coulon, *Man.-form.* 5e Edit. p. 181. Frémont, p. 195. Laurent, t. III, p. 276. Merlin, Répert. V° *Divorce.* sect. 4, § 13.

L'article 295 *in fine*, donne une nouvelle fin de non-recevoir : la réunion des époux à la suite du divorce. Dans ce cas, en effet, il ne peut plus être reçu de leur part aucune nouvelle demande en divorce pour quelque cause que ce soit autre que celle d'une condamnation à une peine afflictive et infamante prononcée contre l'un des époux depuis leur réunion.

M. Goirand, p. 184, indique une autre fin de non-recevoir :

« Deux époux ont été déclarés séparés de corps par un jugement définitif : le demandeur, qui a obtenu la séparation de corps, est-il recevable à former une demande directe et principale en divorce, basée sur les mêmes faits, sans attendre l'expiration du délai de trois années qui lui permettra de faire convertir sa séparation de corps en divorce ; ou bien, au contraire, la conversion de la séparation de corps en divorce, ne pouvant être intentée qu'à l'expiration du délai de trois ans, est-elle la seule voie qui s'offre à lui en l'absence de faits nouveaux ? En d'autres termes, la séparation de corps définitivement prononcée d'entre les époux, constitue-t-elle une fin de non-recevoir à l'action principale en divorce, basée sur les faits mêmes qui l'ont motivée ?

Il est bien certain qu'on ne saurait invoquer ici l'autorité de la chose jugée, en soutenant que le jugement de séparation de corps forme un obstacle contre la recevabi-

lité de la demande en divorce. L'exception de chose jugée ne peut être accueillie qu'autant qu'il existe entre les deux demandes, identité de cause, identité de parties et identité d'objet (art. 1351, C. civ.) Or, si l'identité de cause et l'identité de parties se rencontrent en l'espèce, il n'en est pas de même de l'identité d'objet : ce qu'on a demandé et obtenu d'abord, c'est la séparation de corps, ce que l'on réclame maintenant, c'est la dissolution du lien conjugal. » *Sic.* Trib. Seine, 17 mai 1886, confirmé par arrêt de Paris du 22 juillet 1886. Coulon, *op. citat.* t. III, art. 310. *Contra.* Trib. Gaillac, 28 avril 1886, et les conclusions de M. le substitut Jacomy, dans l'espèce qui a donné lieu au jugement du tribunal de la Seine ci-dessus indiqué. V. *Gazette du Palais* 1886. 1. 834.

Nous pensons quant à nous que l'opinion formulée par M. Goirand et confirmée par le jugement du tribunal de la Seine est la vraie; il est certain en effet que si l'on admettait l'opinion contraire, il faudrait décider que l'époux qui aurait échoué dans une instance de séparation pourrait, en reprenant les mêmes faits, intenter une demande de divorce et réciproquement, résultat assurément contraire aux vues du législateur et à l'intégrité de la chose jugée, puisque d'une part, il est constant que l'action en divorce rejetée ou périmée ne peut être reprise que pour une cause nouvelle, et que d'autre part, aux termes de l'article 306, il ne peut y avoir lieu à séparation de corps que quand il existe des causes de divorce.

Il est d'ailleurs certain que cette fin de non-recevoir ne saurait être invoquée que contre une action principale en divorce basée sur les faits mêmes qui ont entraîné la séparation de corps : l'action sera au contraire recevable dès que le demandeur l'aura fondée sur des faits nouveaux posté-

rieurs à la séparation de corps prononcée, encore que ces faits se soient produits moins de trois ans après que le jugement de séparation de corps est devenu définitif.

Le dernier paragraphe de l'article 244 est ainsi conçu : « L'action en divorce s'éteint également par le décès de l'un des époux survenu avant que le jugement soit devenu irrévocable par la transcription sur les registres de l'état civil. »

Rien de plus raisonnable que cette disposition :

L'action en divorce est au premier chef une action personnelle qui ne peut être intentée que par les époux. Aussi cette action doit-elle s'éteindre au décès de l'un d'eux sans passer jamais aux héritiers, et cela est vrai aussi bien lorsque l'instance est engagée que lorsqu'elle ne l'est pas encore, et en aucun cas même au point de vue purement pécuniaire les héritiers ne peuvent reprendre l'instance ni même faire transcrire le divorce par l'officier de l'état civil au cas où l'époux qu'ils représentent serait décédé après avoir obtenu un jugement passé en force de chose jugée prononçant le divorce et en ordonnant la transcription.

M. Frémont, *Traité pratique du divorce et de la séparation de corps*, p. 106 et suivantes, qui examine dans tous ses détails cette question, se prononce dans le même sens que nous et aucune difficulté ne peut plus exister avec le texte du nouvel article 244.

Si l'héritier ne peut ni intenter, ni reprendre une instance en divorce, il est évident qu'à plus forte raison les créanciers ne pourront pas le faire. Le seul droit, en effet, de ceux-ci est, une fois l'instance mise à fin, de surveiller la liquidation pour éviter qu'elle porte atteinte à leurs droits. Coulon, *Man. form.* 5e Edit. p. 182. Carpentier, p. 141. Depeiges, n° 23.

Il nous reste à indiquer une dernière fin de non procéder sur laquelle nous reviendrons *infra*, sect. III, §§ 7. 6, en traitant de la résidence : la femme peut être autorisée à séjourner, pendant l'instance en divorce, dans une maison désignée par le Président (art. 236), mais elle est tenue de justifier de sa résidence toutes les fois qu'elle en est requise.

« A défaut de cettte justification, dit l'article 241, le mari » peut refuser la provision alimentaire, et, si la femme » est demanderesse en divorce, la faire déclarer non-recevable à continuer ses poursuites. » Cette fin de non-recevoir n'a pas les mêmes caractères que celles que nous venons d'examiner. « C'est extrêmement rigoureux, dit M. » Baudry-Lacantinerie (p. 53). Aussi va-t-il de soi qu'il » ne faut pas surenchérir encore sur la sévérité de la loi. » Quand elle dit que la femme pourra être déclarée « non » recevable à continuer ses poursuites », cela signifie tout » simplement que les poursuites de la femme pourront » être suspendues pendant tout le temps qu'elle restera » hors de la résidence qui lui a été assignée, mais non » qu'elle pourra être déclarée non recevable dans toute » poursuite ultérieure. C'est seulement un refus d'audience » qui peut lui être infligé à titre de peine pendant tout » le temps que durera sa résistance à l'ordre du juge, mais » non la perte de son action. » L'article 241, C. civ., ne fournira donc une fin de non-recevoir véritable que dans l'hypothèse très rare où la femme demanderesse s'entêtera à ne pas retourner à la résidence fixée par le juge. Poulle, *op. citat.* p. 173. Coulon, *Man. form.* 5e Edit. p. 151.

§ 7. *Des mesures provisoires pendant l'instance.*

A. *Mesures relatives aux enfants.*

Le législateur a dû pourvoir aussi à la garde des enfants, à leur éducation et à l'administration de leurs biens. En conséquence, le président, dès le moment où l'instance paraît devoir être irrémédiablement engagée, c'est-à-dire dès le jour où il a rendu l'ordonnance de non-conciliation, puis le Tribunal, quand il est saisi du fond, prescriront, en ce qui concerne la garde provisoire des enfants, les mesures qu'il appartiendra. La loi ne leur impose aucune règle, ce qui est parfaitement rationnel. *Sic.* Goirand, p. 217.

Ce principe posé pour l'article 267 du Code civil, dit l'exposé des motifs de la loi de 1886, est maintenu dans le paragraphe 1er de l'article 240 : Le Tribunal statue même d'office sur les mesures provisoires nécessaires dans l'intérêt des enfants. Les membres de la famille bien qu'ils ne soient pas parties à l'instance, ont le droit d'intervenir dans cet intérêt spécial pour provoquer les mesures qu'ils jugent utiles. La loi de 1792 avait, pour cette hypothèse, organisé une constitution particulière d'un conseil de famille ; sous l'empire du Code, la jurisprudence belge a admis que les parents interviennent après s'être constitués en une sorte de conseil. Ce n'est point cette solution qu'autorise le projet. Un membre de la famille pris individuellement, en son nom, mais dans l'intérêt de l'enfant, pourra demander au Tribunal telles mesures qu'il jugera avantageuses. Coulon. *Man. form.* 5e Edit. p. 146. Carpentier, p. 123. Curet, p. 122. Goirand, p. 217. Vraye et Gode, p. 8, t. II. Poulle, p. 202.

Le père, tant que le Tribunal n'en a pas décidé autrement, continue, même pendant l'instance en divorce, à exercer vis-à-vis de ses enfants l'autorité qu'il tient de la puissance paternelle. Aussi longtemps en effet que le divorce n'est pas prononcé, le mari reste le chef de la famille et l'autorité maritale, elle-même n'est détruite que par la mise à fin de l'instance.[1]

Il importe, d'ailleurs, de remarquer que la décision, qu'elle émane du Tribunal ou du président, est essentiellement provisoire et que toutes les personnes dénommées dans l'art. 240 pourront toujours introduire une nouvelle instance afin de faire décider que les enfants doivent être confiés à une autre personne. Coulon, *Man. form.* 5e Edit. p. 147. Goirand, p. 219. Cass. 18 mars 1868. D. 68. 1. 420. Cass. 25 août 1884. Orléans (Ch. Réunies), 8 janvier 1885. Paris, 17 juillet 1886. V. ces décisions. Coulon, *Le div. et la sép.* t. III, art. 240 et art. 302. Aubry et Rau, t. V, p. 302. Poulle, p. 202. Vraye et Gode, t. II, p. 14. Carpentier, n° 213. Massol, *Sép. de corps*, p. 154. Demolombe, t. II, *Mariage*, p. 530. Le Senne, *Sép. de corps*, p. 151.

De quels enfants les articles 238 et 240 entendent-ils parler ?

Ces articles s'appliquent incontestablement aux enfants issus du mariage. Mais s'appliquent-ils aussi aux enfants nés d'un précédent mariage ?

Le doute n'est pas possible pour les enfants nés d'un précédent mariage du mari. Il conservera sur eux, comme conséquence de son droit de puissance paternelle, le droit d'administration et de garde qu'il exerçait avant la demande en divorce. On ne voit pas pourquoi la demande en divorce modifierait ses droits de père de famille alors

surtout que son conjoint n'a aucune autorité, même éventuelle, à exercer sur les enfants du premier lit.

Mais comme le tribunal peut ordonner que la garde des enfants sera confiée à une tierce personne, parente ou non du père, nous ne voyons aucun inconvénient à ce que le choix des juges porte sur la femme, demanderesse ou même défenderesse en divorce, si sa conduite est irréprochable, et si, par exemple, elle n'a cessé d'entourer les enfants de son mari de soins dévoués et continuels. Comp. Paris, 14 flor. an II, Sirey c. n. I, 2, 135.

Différente est l'hypothèse où il existe des enfants du précédent mariage de la femme : il ne saurait être question ici du droit que le mari aurait en principe à la garde des enfants, puisqu'il n'a jamais été appelé à l'exercer que concurremment avec sa femme cotutrice. Mais pour les mêmes raisons qui nous ont fait décider que la femme pouvait être autorisée à administrer la personne des enfants du premier lit de son mari, nous pensons qu'il faut admettre que le tribunal peut confier au mari l'administration des enfants que sa femme a eus d'un premier lit. — Comp. Carpentier, *Div.*, n° 205.

Dans tous les cas, il est bien clair que le tribunal puise dans ses pouvoirs le droit de confier un ou plusieurs enfants au mari et les autres à la femme ou à des tiers, en un mot d'agir comme il le jugera convenable. Vraye et Gode, t. II, p. 11.

Lorsque l'instance est introduite, c'est d'après l'article 240, au tribunal seul qu'il appartient de statuer sur les mesures provisoires intéressant les enfants et nous ne saurions admettre la théorie soutenue par MM. Vraye et Gode, t. II, p. 17, qui tout en reconnaissant que le texte est impératif, croient pouvoir trouver dans l'urgence, des motifs

suffisants pour permettre dans ce cas au président de statuer en référé. Au texte si clair de l'article 240, on peut ajouter pour soutenir notre système, le § 5 de l'article 238 qui est ainsi conçu : « Lorsque le tribunal est saisi, les mesures provisoires, prescrites par le juge peuvent être modifiées ou complétées au cours de l'instance par jugement du tribunal, sans préjudice du droit qu'a toujours le juge de statuer, en tout état de cause, en référé, sur la résidence de la femme. » Il résulte de ce paragraphe tout comme de l'article 240, qu'à partir de l'instance engagée, le président ne peut plus en référé statuer que sur la résidence de la femme et ne pourrait par suite, quelle que fût l'urgence, statuer sur les mesures provisoires concernant les enfants.

On s'est demandé comment pourraient être exécutées les décisions de justice portant que les enfants seraient confiés à telle personne déterminée par le tribunal. Il nous semble qu'elles doivent être exécutées comme toutes les autres suivant les circonstances, soit *manu militari*, soit si la chose est impossible, par une condamnation à des dommages-intérêts fixés par chaque jour de retard; l'art. 1142, en effet, pose en principe que dans notre droit toutes les obligations de faire, se résolvent par des dommages-intérêts en cas d'inexécution, soit encore lorsqu'il s'agit de la femme, pour la saisie des biens dont elle a la jouissance, car personne assurément n'osera soutenir que la saisie des revenus de la femme, dans un cas semblable est chose illégale ou immorale. Coulon, *Man. form.* 5e Edit. p. 147. Laurent, t. III, n° 256. Dalloz, J. G. V° *Sép. de corps*, n° 127. Colmar, 18 juillet 1833. Cassation, 4 avril 1865. D. 65. 1. 387. Vraye et Gode, p. 26. Cass. B. 15 mars 1883. S. 83. 4. 23. Delvincourt, t. I, p. 84. Aubry

et Rau, t. IV, p. 120. Demolombe, t. II, p. 119. M. Goiraud, p. 221, soutient l'opinion contraire en ces termes : « Nous n'hésitons pas déclarer que ces décisions sont absolument contraires aux principes de notre droit. Et d'abord la retenue des revenus ne peut se faire que pour l'exécution d'une obligation; or, peut-on véritablement dire que dans l'hypothèse que nous venons d'examiner, il y a l'inexécution d'une obligation. Quelle obligation la femme a-t-elle contractée? Dans quelle catégorie rangera-t-on cette obligation? Quant aux dommages-intérêts, la chose se comprend encore moins. Quelle perte éprouve le père à qui on refuse de remettre ses enfants? Quel est le gain dont il est privé? quel est, en un mot, le dommage pécuniaire qu'on lui a causé? De plus, il ne faut pas oublier que dans les mesures provisoires dont nous parlons, il ne s'agit pas de l'avantage des parents, mais bien de celui des enfants.

La Jurisprudence est du reste si inconséquente qu'elle déclare que tandis qu'il sera possible d'user de ces moyens de coercition contre la mère, on ne pourra jamais s'en servir contre le père. V. Arrêts cités dans Dalloz, *Jurisprudence générale*. V° *Séparation de corps*, n° 128.

Nous reconnaissons qu'avec notre système, la décision du tribunal ne pourra pas, dans certains cas, être exécutée. Mais la loi n'ayant édicté aucune sanction, nous ne pouvons y suppléer, car nous ne saurions admettre que l'art. 1142 C. civ. s'applique à notre matière par cette raison que cet article ne vise que les droits pécuniaires. » *Sic*, en ce qui concerne l'impossibilité de saisir les biens dont la femme a la jouissance comme moyen de coercition. Laurent, t. III, p. 297. Duranton, t. I, n° 367. Vraye et Gode, t. II, p. 25. En ce qui concerne les dommages-inté-

rêts. Bruxelles, 5 avril 1880. S. 81. 4. 1. Cass. B. 19 janvier 1881. S. 82. 1. 19.

Les termes de l'article 240 laissent aux tribunaux un très large pouvoir d'appréciation, mais ils leur indiquent en même temps qu'ils devront prendre comme principal motif de leur décision le plus grand avantage des enfants. Nous disons comme principal motif, parce qu'à notre avis ils pourront être déterminés par d'autres considérations, mais ce sera dans des cas fort rares, par exemple la maladie grave d'un époux qui aurait besoin des soins de son enfant.

Les termes formels de notre article nous permettent de reconnaître aux tribunaux le droit d'enlever d'office la garde des enfants au mari. Cette mesure peut être provoquée, mais elle ne doit pas nécessairement l'être au début de l'instance, bien que ce soit à ce moment qu'elle sera posée le plus souvent. Si la question relative à la garde des enfants n'a pas été soulevée par la requête à fin de divorce, elle pourra faire l'objet d'une demande spéciale qui pourra être introduite à n'importe quel moment des débats et qui sera instruite et jugée non en suivant la procédure spéciale au divorce, mais en suivant celle commune à toutes les affaires ordinaires.

Que faut-il entendre par le terme générique de « un des membres de la famille » employé par notre article? Un parent à n'importe quel degré pourra-t-il intervenir dans l'instance pour faire statuer sur l'administration provisoire des enfants? Evidemment oui, le passage de l'exposé des motifs que nous avons reproduit ci-dessus le dit expressément; d'ailleurs, de tels débats ne concernent pas seulement les deux parties intéressées; on peut bien dire qu'ils affectent la famille entière et au premier rang

les enfants. Coulon, *Man. form.* 5e Edit. p. 148, Vraye et Gode, p. 19, t. II. Poulle, p. 201. Goirand, p. 221. Carpentier, p. 123.

Il nous paraît résulter de l'article 240 C. civ. que le Procureur de la République et les membres de la famille ne peuvent intervenir qu'autant que le tribunal est saisi. De Folleville, Rec. Smets. 1889, p. 217. Carpentier, p. 94. Depeiges, n° 72. Il est bien entendu que si la garde des enfants avait été confiée à la mère ou à une tierce personne, au père ou à une tierce personne, le père ou la mère, ou le père et la mère n'en conserveraient pas moins leur droit de les surveiller et de les voir. Il appartiendrait alors au tribunal de régler les conditions, dans lesquelles, le père ou la mère, ou tous les deux pourraient exercer leur droit de surveillance, et les jours où ils pourraient les voir et les visiter. Enfin les parents doivent subvenir à l'entretien et à l'instruction de leurs enfants, en proportion de leurs ressources, sans qu'il y ait à tenir compte du conjoint auquel la garde a été confiée.

Voyons maintenant en quoi consiste cette administration qu'il est loisible aux tribunaux d'enlever au père et de confier à une autre personne. La loi à cet égard ne contient aucune indication.

Il est évident, d'abord, qu'elle comprend la direction des soins moraux et matériels, qui sont indispensables au bien-être physique et intellectuel de l'enfant: le droit de garde proprement dit par conséquent.

Mais comprend-elle aussi le droit de correction lorsqu'elle est conférée à la mère? La négative nous paraît certaine. La loi n'a déposé le droit de correction dans les mains de la mère qu'à défaut du père; or le père est présent. On peut objecter, il est vrai, qu'éloigné de la per-

sonne de l'enfant, le père ressentira si peu les effets de sa mauvaise nature, qu'il ne mettra jamais en pratique un droit peut-être essentiel à sa moralisation ; que l'administration de l'autre époux deviendra impossible, faute d'un moyen efficace de correction ; qu'ainsi deux droits également reconnus par la loi seront annihilés faute d'un terrain où les concilier. Nous répondrons que la loi ne parle en réalité que d'une administration provisoire, qui ne doit durer que le temps d'un procès ; que ce qui pourra arriver de pis, sera, par conséquent, que l'exercice du droit de correction soit ajourné jusqu'à l'issue de ce procès ; que son existence même n'est pas en jeu ; qu'enfin, comme cette même loi ne fait aucune distinction entre les différentes personnes auxquelles la garde des enfants peut être confiée, cette administration doit être la même pour tous, et qu'il est incontestable que lorsqu'elle est confiée à un tiers, elle ne comprend pas le droit de correction. Sur les pouvoirs à reconnaître à la mère, on peut voir, du reste, un jugement du Tribunal de Marseille du 14 décembre 1873. (S. 73. 2. 121). Ce jugement décide que la mère, qui a obtenu pendant l'instance en séparation de corps la garde et la surveillance des enfants a le droit d'agir pour eux, au lieu et place du père, dans tous les cas d'urgence et lorsque l'intérêt l'exige, qu'ainsi elle peut donner elle-même, alors surtout que le père ne conteste pas et se borne à faire défaut, le consentement requis pour l'engagement volontaire d'un an de son fils, à la charge par elle de se soumettre personnellement aux obligations pécuniaires afférentes à cet engagement.

Le motif principal, sur lequel s'appuie cette décision, mérite d'être reproduit. « Attendu que la mère puise, » dans le jugement qui l'a investie de la garde de ses

» enfants, le droit d'agir en leur nom, dans tous les cas
» d'urgence, et lorsque leur intérêt l'exige; qu'à ce dou-
» ble titre, le jugement précité a suspendu le plein exer-
» cice de l'autorité maritale et de la puissance paternelle
» et substitué, sous ce dernier rapport et dans une certaine
» mesure, l'action de la mère chargée de la garde et
» surveillance des enfants à celle du père, provisoire-
» rement privé des droits attachés à sa qualité. »

Cette décision qui précise l'étendue des droits de la femme gardienne des enfants pendant l'instance en séparation de corps, doit être suivie au cas de divorce puisque la situation de la femme vis-à-vis de ses enfants est la même au cours des deux instances. Il ne faudrait cependant pas l'appliquer dans sa rigueur, il est incontestable par exemple que la puissance paternelle n'est pas suspendue par le jugement avant faire droit en matière de divorce ou en séparation de corps, et que l'urgence seule et l'intérêt des enfants pourraient permettre à la mère d'oublier que le père vit encore. Vraye et Gode, p. 28, t. II. Carpentier, p. 215. Voir pour plus de détails *infra*, dans le chapitre sur la garde des enfants après le divorce.

B. De la résidence.

Après que l'instance est engagée, après que la requête a été présentée au président du Tribunal, la cohabitation peut devenir pénible et même dangereuse pour les époux. Aussi la loi du 18 avril 1886 a-t-elle bien fait de donner au président le droit qui appartenait autrefois au tribunal de fixer une résidence à la femme. Le juge (art. 236 du Code civil), a aujourd'hui la faculté de statuer dans sa première ordonnance sur la résidence séparée du conjoint

demandeur. Les dispositions de cet article sont ainsi justifiées dans l'exposé des motifs du projet de loi. V. Coulon, *Le div. et la sép.* t. II, 1re partie : « La situation faite aux époux du jour où la citation en conciliation a été lancée rend pénible, parfois dangereuse, la cohabitation ; il était indispensable d'accorder au juge le droit de la faire cesser. L'époux demandeur peut provoquer cette mesure, le mari aussi bien que la femme. Cette dernière hypothèse pourrait se réaliser, par exemple, si les époux avaient leur domicile au siège d'une maison de commerce dirigée par la femme. La seule différence admise, c'est qu'on ne pourra imposer une résidence déterminée au mari dont le choix reste libre. » Si le juge n'a pas statué dans la première ordonnance, il pourra le faire dans la seconde. L'article 238, § 2, est en effet ainsi conçu : « Le juge statue à nouveau, s'il y a lieu, sur la résidence des époux... sur la remise des effets personnels. » Puis le Tribunal saisi peut à son tour statuer sur cette question (art. 238, § 5), enfin pendant tout le cours de l'instance le président du tribunal peut statuer en référé sur la résidence de la femme, (art. 238, § 5). *Sic.* Pau, 9 août 1887. Coulon, *Man. form.* 5e Edit. art. 238, et tous les auteurs.

Cette mesure n'est pas imposée aux différentes juridictions compétentes pour l'ordonner : les art. 236. 238. § 2 et § 5, 240 du Code civil laissent à cet égard toute latitude aux magistrats ; ils se guideront d'après les circonstances. Le Tribunal pourrait d'ailleurs statuer d'office sur cette mesure (art. 240). Des termes des art. 236 et 238, § 2, il résulte que le même droit appartient au président dans la période préliminaire de l'instance.

Les articles 236 et 238, § 2, C. civ., ne parlent que de la

résidence à assigner à l'époux demandeur, mais il est bien certain que le conjoint défendeur peut lui aussi demander au juge de lui désigner une résidence. Le mari et la femme ont le même droit. Il y a une différence cependant entre le mari et la femme : dans aucun cas, même quand le mari doit quitter le domicile conjugal, il ne peut lui être indiqué une résidence déterminée. En ce qui concerne la femme, le juge, et après lui le tribunal, ont pleins pouvoirs pour la fixation de la résidence. Cette résidence pourra être située dans la même maison que celle où habite le mari, mais dans un appartement distinct : elle pourra être également située dans un arrondissement ou un département autres que ceux où se trouve le mari. Coulon, *Man. form.* 5e Edit. art. 236. Carpentier, p. 219. Curet, p. 117. Dalloz, V° *Sép.de. corps*, n° 136. Demolombe, t. IV, n° 456. Poulle, p. 206. Goirand, p. 209. Massol, p. 56. Coulon, *Le div. et la sép.* t. III, art. 236. 238, 240. Paris, 15 juin 1827. Limoges, 7 février 1850. Rennes, 3 avril 1851. Bruxelles, 5 septembre 1868. En est-il de même pour la résidence provisoire en pays étranger? Pour nous, nous ne voyons aucune raison de faire une distinction. C'est aux juges à apprécier d'après les circonstances, s'il est opportun de prescrire cette mesure. Bruxelles, 18 mai 1869, Belg. judic. 1869. 1318. Vraye et Gode, t. II, p. 40. Carpentier, n° 225. Le Senne, *Sép. de corps*, n° 177.

Le président ou le tribunal pourraient-ils, dans l'ordonnance ou le jugement, enjoindre au mari d'avoir à quitter le domicile conjugal et autoriser la femme à y demeurer?

Certains auteurs et certains arrêts ont affirmé ce principe qu'on ne pouvait jamais chasser le mari de la maison conjugale, même au cas où cette maison était un bien paraphernal appartenant à la femme ; que ce serait faire échec

à l'autorité maritale, et que le texte de l'ancien article 268 C. civ. ainsi que les principes généraux du droit s'y opposent. V. Rouen, 3 mai 1847. S. 48. 2. 654. Paris, 17 juin 1858. S. 59. 2. 15. Limoges, 21 mai 1845, D. 49, 2. 45. Trib. rég. sup. de Cologne, 31 mars 1886. *Pand. fr.* 1887. 5e p. p. 29 et 30. Nous ne pouvons partager cette opinion. En ce qui touche l'ancien article 268 d'abord, s'il ne parlait que de la femme, c'est qu'il avait prévu le cas le plus ordinaire, mais on ne pouvait s'en tenir à la lettre de cet article sans aboutir à des conséquences inadmissibles. Au surplus, cet article est aujourd'hui abrogé et ne peut donc pas être invoqué ; de plus M. Labiche dans son rapport au Sénat, V. Coulon, *op. citat.* t. II, 1re partie, s'exprime en ces termes qui confirment ceux employés par l'exposé des motifs du projet : « Il a paru nécessaire de donner au juge la faculté de statuer, même par cette première ordonnance (l'ordonnance de citer), sur la résidence séparée de l'époux demandeur. La vie commune peut être impossible pendant la période de temps qui s'écoule entre la première ordonnance et la seconde ; l'un des époux peut être exposé aux violences de son conjoint. — Le mari, s'il est demandeur, peut provoquer cette mesure aussi bien que la femme. — Cette hypothèse doit être prévue, par exemple, pour le cas où il existe une maison de commerce dirigée par la femme et que celle-ci doit continuer à habiter ; mais il est bien entendu que l'on ne pourra imposer une résidence déterminée au mari. »

Quant aux principes, ils ne nous paraissent guère intéressés à la solution : le respect de la puissance maritale va-t-il faire échec à une mesure utile et juste, au cours d'une instance qui a pour objet de détruire avec les liens conjugaux, la puissance maritale elle-même ?

Enfin nous l'avons vu, l'article 236 reconnaît au président le pouvoir d'autoriser l'époux demandeur à résider séparément, par suite le pouvoir d'enjoindre au défendeur de quitter le domicile du demandeur. Or, cet article est absolument général et ne distingue nullement suivant que la demande émane du mari ou de la femme.

Des motifs tirés de l'intérêt le plus élevé justifient d'ailleurs cette solution. Lorsque la femme est commerçante, que seule, elle exploite le commerce qui constitue peut-être l'unique ressource du ménage, pourrait-elle être contrainte d'abandonner ses affaires, que le mari est peut-être incapable de conduire et qu'il peut irrémédiablement compromettre? il n'est pas possible de supposer que le législateur ait voulu consacrer une pareille injustice.

C'est dans notre sens que se prononçait déjà avant la loi de 1886 M. Demolombe, t. IV, n° 457.

« Cette femme, écrit-il, fait le commerce, elle le faisait même déjà avant son mariage, et c'est son mari qui est ainsi venu chez elle ; ou bien, elle ne l'a commencé, si vous le voulez, que depuis le mariage ; mais c'est elle qui le gère, elle-même, elle seule ; elle est modiste ou lingère. Voulez-vous enlever cette femme à son comptoir et laisser là son mari? Cela revient à dire : voulez-vous détruire ce commerce, ruiner la famille et les enfants, et peut-être aussi le mari lui-même? Je n'hésite donc pas à croire que le président a le pouvoir d'ordonner provisoirement l'expulsion dans ce cas et autres semblables, comme si encore, par exemple, la femme victime des brutalités de son mari, est dans un tel état de faiblesse qu'elle ne peut pas être transportée ailleurs. » *Sic.* Goirand, p. 207. Coulon, *Man. form.* 5e Edit. art. 238. Carpentier, p. 219. Curet, p. 117.

Poulle, p. 206. Aubry et Rau, t. V, p. 194. Dalloz, V° *Sép. de corps*, n° 141.

La jurisprudence paraît du reste fixée en faveur du droit de la femme. Ainsi il a été jugé que la femme peut faire expulser son mari, lorsqu'elle est propriétaire de la maison où est établi le domicile conjugal. Douai, 6 avril 1853. D. 56. 2. 145. Orléans, 10 juin 1853. D. 53, 2. 151. Trib. Bruxelles, 16 décembre 1871. Liège, 17 juin 1880. Coulon, *op. citat.* t. III, art. 240. Même décision au cas où elle exploite un fonds de commerce. Paris, 2 août 1841. D. 49. 2. 45. Trib. Seine, 27 janvier 1843. Paris, 21 janvier 1857. D. 57. 2. 194. Paris, 24 novembre 1884. *Gaz. Pal.* 1884. 2. 766. Paris, 25 février 1885. *Gaz. Pal.* 1885. 1. 539. Chambéry, 18 novembre 1885. *Gaz. Trib.* 15 décembre 1885. Trib. Seine, 3 août 1889. Coulon, *op. citat.* t. III, art. 240.

On lui reconnaît tous les moyens de droit dont pourrait disposer son conjoint, et même la faculté de recourir à la force publique, pour procéder à l'expulsion autorisée par la décision de justice, qu'elle a obtenue de la juridiction compétente.

Lorsqu'une résidence a été indiquée à la femme, c'est à cette résidence que sont faites les significations qui la concernent. Cette résidence constitue un domicile provisoire. Liège, 8 août 1870. Trib. Péronne, 6 avril 1887. Amiens, 30 novembre 1887. Coulon, *Le div. et la sép.* art. 240. Cette résidence devient pour elle, au regard du mari, un véritable domicile et il n'est pas douteux que les articles 236 et 238 du Code civil n'aient implicitement dérogé à la règle générale posée par l'article 108 du même Code pour le domicile légal de la femme. Coulon, 5e Edit. *Man. form.* p. 120. Curet, p. 115 et s. Poulle, p. 205 et s. On

peut résumer tous les effets juridiques attachés à la fixation d'une résidence pour les tribunaux, en disant qu'elle emporte la faculté pour la femme de repousser toutes les poursuites du mari, tendant à lui faire réintégrer le domicile conjugal, et qu'elle oblige celui-ci à lui faire au lieu déterminé toutes les significations relatives à l'action de divorce. Il ne paraît pas, en effet, qu'elle puisse déplacer le siège des rapports légaux des époux avec les tiers. *Res inter alios acta aliis neque nocet neque prodest.* Est-il besoin d'ajouter toutefois qu'il en serait autrement, si la femme étant autorisée à demeurer à l'endroit où les deux époux avaient vécu ensemble avant l'introduction de la demande en divorce, c'est le mari qui allait se fixer autre part, et qu'en ce qui le concerne, il y aurait alors un véritable déplacement de domicile ? Carpentier, p. 220.

Enfin, on a fait découler de l'assignation d'une résidence personnelle à la femme, la dispense pour le mari de payer les fournitures faites à celle-ci au cours de l'instance, alors surtout que ces fournitures lui sont faites en ce lieu et qu'elle a payé des acomptes sur le montant des factures qui lui sont présentées. Trib. Seine, 14 juin 1884. *Gaz. Pal.* 1884. 2. 2. Cependant la cour de Lyon a décidé le 26 novembre 1886 (Gaz. Trib. 4 février 1887) qu'il en était autrement au moins en ce qui concerne les dépenses d'installation.

L'ordonnance qui a désigné une résidence à la femme conserve son effet tant que l'instance n'a pas été périmée. Cassation, 7 avril 1862. S. 63. 1. 315.

Pendant l'instance, les tribunaux peuvent ordonner une résidence séparée s'ils le jugent à propos, l'article 246, § 2, fait au contraire un devoir aux tribunaux de prescrire, même d'office, l'habitation séparée et les mesures provi-

soires nécessaires en cas de sursis au prononcé du jugement. V. *supra*, section III, § 5 *a*. L'article 246, § 2, déclare en effet, que dans le cas où le tribunal ne prononce pas immédiatement le divorce, il maintient ou prescrit l'habitation séparée et les mesures provisoires pendant un délai qui ne peut pas excéder six mois. Comme le dit M. Curet, p. 173, l'épreuve a d'autant plus de chance de réussir que les époux auront un domicile distinct.

En même temps qu'il statue sur la résidence, le président peut statuer sur la remise des effets personnels. Cette remise des effets personnels est une des conséquences de la fixation d'une résidence. Si le juge n'a pas statué sur cette question dans une de ses deux ordonnances, le tribunal deviendra compétent pour trancher la question. Cependant et contrairement à ce que nous avons dit en ce qui touche les autres mesures provisoires, comme il s'agit ici d'une véritable conséquence de la fixation de la résidence nous estimons avec MM. Vraye et Gode, p. 58, t. II, que le président pourra en référé statuer sur cette question en cas d'urgence. Les époux ont d'ailleurs, ainsi que nous venons de le dire plus haut, le droit de saisir le tribunal de la question par voie d'incident (art. 240, C. civ. § 2) ; ils peuvent également interjeter appel de l'ordonnance et demander à la Cour d'ordonner la remise des effets.

Le juge ou le tribunal ne statuent plus seulement sur la remise des effets journaliers, ainsi que le disait l'art. 878, C. proc. civ., mais sur la remise de tous les effets personnels réclamés par les conjoints ou dont ils peuvent avoir besoin. Coulon, *Man. form.* 5[e] Edit. p. 121. Vraye et Gode, p. 58, t. II.

Par effets personnels, il faut entendre les vêtements, har-

des, linge et objets mobiliers corporels à l'usage personnel des époux. Il faut même y comprendre des meubles meublants. Nous pensons que les juges ont un pouvoir discrétionnaire pour déterminer les objets qui devront être remis.

Les circonstances, la position sociale des époux et leur état de fortune seront autant de considérations pour baser leur décision.

La seule règle dont il y ait lieu de s'inspirer, c'est qu'il ne faut en cette matière, ni exagération ni rigueur. De Belleyme, t. I, p. 335 ; Le Senne, n° 203 ; Laurent, t. III, p. 301, n° 261 ; Villequet, p. 182, n° 5 ; Goirand, p. 154 ; Vraye et Gode, t. II, p. 59.

Il est, d'ailleurs, utile que la décision contienne, du moins quand il y a désaccord entre les époux, l'indication et l'énumération des effets remis. Cette indication est plus particulièrement utile encore lorsque c'est la femme qui est autorisée à les enlever.

Mais qu'arriverait-il si le mari refusait d'exécuter la décision qui prescrit la remise à la femme des effets à son usage personnel ? En pratique cette décision aura presque toujours disposé que la femme pourra, en cas de résistance, procéder à l'enlèvement avec l'assistance du commissaire de police et, au besoin, de la force armée. Dans le cas contraire, une ordonnance de référé suppléerait à l'omission.

Que si les meubles ont été détournés, enlevés ou dissimulés par le mari, celui-ci serait susceptible d'être condamné à des dommages intérêts.

Il en serait de même bien entendu si la résistance ou la dissimulation venaient du côté de la femme. — Comp. : de Belleyme, p. 324 ; Le Senne, n° 206 ; D. Alph. v° Sép. de corps, n° 146 ; Vraye et Gode, t. II, p. 59 ; Coulon, 5e Edit. *Man. form.* p. 122.

Quand la femme veut quitter la résidence qui lui a été assignée, elle doit demander au tribunal de lui en assigner une autre ; voilà la règle qui résulte de la combinaison des articles 236 et 241. Ce dernier article, en effet, prononce contre la femme qui quitte sa résidence des déchéances de la plus haute gravité, elle perd son droit à la pension et si elle est demanderesse, elle ne peut continuer à suivre l'instance. Cette sévérité de la loi s'explique par les inconvénients sérieux pouvant résulter de changements successifs de résidence à l'insu de son conjoint et du tribunal. D'une part, le mari, tant que le lien conjugal n'est pas légalement rompu, a le droit et le devoir de surveiller la conduite de sa femme. D'autre part, la réconciliation que le législateur appelle de tous ses vœux sera bien difficile si le mari ignore les résidences successives de sa femme. Enfin, pour les nécessités de la procédure, il est indispensable qu'on sache toujours où trouver la femme pour la signification des actes.

Quel est le caractère de la déchéance prononcée par notre article? Il faut distinguer s'il s'agit de la pension ou de l'instance.

En ce qui concerne la pension, la déchéance nous semble absolue si le mari l'exige, car l'art. 241 dit : « le mari peut refuser la pension. » Il semble que ces expressions ne laissent pas place au doute et que le maintien ou la suppression de la pension dans le cas d'absence de la femme est abandonné à l'arbitraire du mari. Mais comme on ne doit jamais, surtout dans l'application des règles de droit pousser ses conclusions à l'extrême pour ne pas justifier l'adage : *Summum jus, summa injuria*, nous pensons qu'il pourrait être décidé, selon les circonstances de la cause, que le droit à la pension créé par l'art. 238, § 2 est éteint,

mais que l'obligation de secours et d'assistance, imposée aux époux par l'art. 212, C. civ., subsiste aussi longtemps que le lien conjugal et que la femme trouve dans cette obligation un droit égal à une pension alimentaire, lequel motiverait une instance distincte et un nouveau jugement accordant ou refusant cette pension. Coulon, *Man. form.* 5e Edit. p. 151. Vraye et Gode, t. II, p. 44. Carpentier, p. 123. Jurisprudence constante. V. Coulon, *Le div. et la sép.* t. III, art. 241.

En ce qui concerne les poursuites, l'art. 241 n'est pas aussi absolu, il dit que le mari pourra « *la faire déclarer* non recevable ». On doit induire tout d'abord de ces expressions que le législateur ne déclare pas lui-même, la femme non recevable, il laisse ce soin aux juges, ce qui donne fortement lieu de supposer qu'il leur accorde un certain droit d'appréciation, car il n'est point dans l'habitude des rédacteurs du Code d'assimiler un tribunal à une chambre d'enregistrement. D'ailleurs, selon un principe que nous avons plusieurs fois eu l'occasion d'exposer dans le cours de cet ouvrage, nous n'admettons pas qu'une déchéance puisse résulter d'un raisonnement, nous exigeons un texte précis et qui ne laisse subsister aucun doute comme lorsque l'art. 241 dit « le mari peut *refuser* la pension ». Ici aucun doute ne subsiste et nous admettons la déchéance, mais quand le législateur dit : « le mari pourra *la faire déclarer* », un doute subsiste : cette déclaration de déchéance est-elle imposée ou simplement permise aux tribunaux ? Nous interprétons le doute en faveur de la conservation du droit. Nous devons reconnaître cependant que Treilhard paraît se prononcer nettement contre l'opinion que nous soutenons ici. « Si elle quitte cette maison, dit-il, *elle ne sera plus recevable* à continuer ses poursui-

tes. » Malgré cette autorité, nous persistons dans notre opinion, nous contentant de faire remarquer que la pensée d'un rapporteur n'est pas toujours celle du législateur et que lorsque les paroles du rapporteur sont en contradiction avec le texte même de la loi, c'est celui-ci qui doit être réputé exprimer la volonté du législateur. Coulon, *Man. form.* 5e Edit. p. 152. Vraye et Gode, t. II, p. 45. Goirand, p. 149. Laurent, t. III, p. 299. Demolombe, t. II, n° 414. Jurisprudence constante. V. Coulon, *Le div. et la sép.* t. III, art. 241. *Contra.* Carpentier, n° 230. Dalloz, Alph. V° Séparation de corps, n° 235.

Nous devons nous expliquer encore sur ce qu'il faut entendre par ces mots « à défaut de cette justification ». Est-ce à dire que la déchéance est encourue *ipso facto*, si le mari ou son mandataire se présente au lieu assigné pour la résidence et n'y trouve pas la femme? Assurément non; qui dit résidence dit lieu où l'on habite habituellement: une absence de quelques jours ne la fait pas perdre s'il est établi qu'on ne l'a quittée qu'accidentellement et avec l'intention de la reprendre bientôt. Il y a là une question de fait que les tribunaux apprécieront en tenant compte de toutes les circonstances de la cause, notamment de la durée de l'absence et de ses motifs. Le mari ne pourra donc invoquer la déchéance qu'après avoir fait décider par justice que l'absence a été de telle nature qu'elle constitue un changement de résidence. Cette constatation faite, la déchéance prononcée est encourue et le tribunal lui-même ne pourrait en relever la femme. Coulon, *Man. form.* 5e Edit. p. 153. Carpentier, n° 231. Vraye et Gode, t. II, p. 46.

Il importe de remarquer qu'en ce qui concerne la déchéance de l'instance, l'art. 241 ne s'explique pas très

clairement, il dit que la femme pourra être déclarée « non recevable à continuer ses poursuites ». Que faut-il entendre par ces expressions ? S'agit-il seulement d'une péremption d'instance laissant subsister le droit d'en intenter une nouvelle ou d'une déchéance du droit d'action lui-même. Nous pensons qu'il y a lieu de décider que la procédure seule peut être mise à fin, mais que le droit subsiste. En conséquence, la femme pourrait, dans notre opinion, introduire une nouvelle demande basée sur les mêmes causes. Il nous semble bien difficile de voir dans ce mot « poursuites » autre chose qu'une allusion à la procédure engagée, car les poursuites ne sont que les moyens employés pour exercer un droit, mais en aucun cas, elles ne sauraient être confondues avec le droit d'action lui-même. Prenons un exemple afin de mieux faire saisir. Pierre intente contre Paul des poursuites afin de le faire condamner à des dommages-intérêts, l'assignation est donnée devant un tribunal incompétent *ratione materiæ* ; en appel, Paul soulève l'exception d'incompétence et triomphe, les poursuites sont nulles, mais l'action n'est pas éteinte et Pierre pourra la reprendre. C'est dans ce sens, pensons-nous, que le législateur a dit que la femme serait non recevable à continuer ses poursuites. Coulon, *Man. form.* 5e Edit. p. 154 et suiv. Vraye et Gode, t. II, p. 145. Carpentier, n° 231 et suiv. Jurisprudence constante. V. Coulon, *op. citat.* t. III, art. 241. Curet, p. 119. Laurent, *op. citat.* t. III.

Il est bien entendu que les tribunaux ne pourront jamais d'office opposer cette déchéance, les termes de l'article 241 sont absolus, « le mari peut.....»

On peut se demander en quelle forme la femme doit faire la justification que lui impose l'article 241 du Code

civil. Cet article nous semble avoir employé une formule inexacte en disant que « la femme est tenue de justifier » de sa résidence dans la maison indiquée toutes les fois » qu'elle en est requise. » Faire cette justification conduirait souvent la femme à établir qu'elle n'est pas allée résider dans un autre lieu, c'est-à-dire à administrer une preuve négative.

La difficulté relative à la justification pourra se présenter devant le tribunal de deux manières distinctes : soit que le mari actionné en paiement de la pension alimentrire oppose une exception tirée du défaut de justification ; soit, au contraire, qu'au cours de l'instance, le mari prenne lui-même des conclusions pour opposer à l'action de la femme une fin de non-recevoir basée sur ce qu'elle a quitté la résidence qui lui était assignée.

Dans les deux cas, il ne s'agit, en réalité, que d'une exception proposée par le mari. Faudra-t-il donc appliquer la règle générale suivant laquelle la partie qui oppose une exception comme moyen de défense est demanderesse à cette exception et, par conséquent, obligée d'en administrer la preuve? Faudra t-il dire, au contraire, que l'article 241 consacre une dérogation au droit commun en matière d'exception et laisse toujours à la femme la charge de prouver qu'elle réside dans la maison indiquée? C'est cette dernière solution qu'il convient d'adopter. Les termes de l'article 241 sont assez précis et impératifs pour permettre de décider que la justification incombe à la femme.

Mais disons qu'en fait ce sera le plus souvent le mari qui établira le départ de sa femme en indiquant la résidence nouvelle dans laquelle elle sera venue se fixer sans autorisation. Vraye et Gode, t. II, p. 49.

Faut-il étendre au cas de sursis (art. 246 du Code civil

V. *supra*, section III § 5 *a)* les déchéances édictées par l'article 241 du Code civil ? MM. Vraye et Gode, t. II, p. 56, s'expriment sur cette question en ces termes :

« La généralité des termes de cet article conduit à le décider. Cependant on peut se demander si la femme n'échappe pas aux dispositions de cet article lorsqu'il y a sursis prononcé ? Tant que le procès sur la demande de divorce est encore dans la voie de l'instruction, on comprend que la femme soit rigoureusement astreinte à résider au lieu fixé par la justice. Mais il n'en est plus de même quand une décision a préjugé le fond d'une manière absolue comme le fait un jugement de sursis, puisqu'un tel jugement ne peut être rendu que si les griefs du demandeur sont justifiés. Le sursis n'a d'autre but que de favoriser un rapprochement entre des époux qui ne paraissent pas irrémédiablement désunis. Permettre au mari de refuser la pension pendant le délai de sursis, sous prétexte que la femme a quitté sa résidence provisoire, n'est-ce pas créer en quelque sorte une contestation contraire à l'idée qui a inspiré l'article 246 C. civ. ?

Ces raisons ne manquent pas de valeur. Mais elles ne sauraient prévaloir contre les termes généraux de l'article 241. Quoi qu'on en dise d'ailleurs, la situation est absolument la même après le jugement de sursis. Le divorce n'est pas encore prononcé ; le mariage est encore réputé existant ; les mesures prescrites ont donc toujours un caractère provisoire nécessité par l'impossibilité d'astreindre la femme à l'obligation de cohabitation. Sans doute, l'éventualité qui s'offre dans les deux cas n'est pas identique. Lorsque l'affaire n'est pas sortie de la phase d'instruction, son résultat ne peut être préjugé. Au contraire, le jugement définitif à intervenir après

sursis est connu d'avance et les juges n'ont qu'un enregistrement à faire. Mais cela importe peu. Par respect des obligations du mariage, la femme doit dans tous les cas demeurer dans la résidence qui lui a été assignée. S'il en était autrement, il n'y aurait aucune utilité à ce que cette résidence fût maintenue pendant le délai du sursis.

Nous conclurons donc à l'applicabilité de l'article 241 au cas de sursis. »

C. De la pension alimentaire et de la provision ad litem.

Il est assez difficile de déterminer la signification précise du mot pension alimentaire. Cette expression signifie le *quantum* du secours qu'il est juste de fournir à une personne, en tenant compte de ses besoins et du rang qu'elle occupe dans la société. Elle s'applique donc à des cas si multiples et si variés, que le législateur n'a pu les prévoir, et qu'il a dû s'en référer à l'appréciation du juge. Si les époux sont peu fortunés, peu à l'aise, la pension alimentaire répondra à ce qui est indispensable à la vie ; si au contraire ils sont riches, la pension dite alimentaire sera une somme qui fera face non seulement aux besoins physiques d'existence, mais même à des besoins factices, que l'habitude, le genre de vie aura fait naître. *Sic.* Willequet, p. 181.

Les différents textes qui régissent la matière de la pension alimentaire et de la provision *ad litem* pendant l'instance en divorce sont les suivants:

L'article 238 dispose que le juge a la faculté de statuer s'il y a lieu, sur la demande d'aliments par l'ordonnance qui constate la non-conciliation ou le défaut.

Cet article confère le même pouvoir au juge dans

un paragraphe sixième pour le cas où un ajournement est ordonné par lui. L'article 240 dispose que « le Tribunal statue sur les demandes relatives aux aliments pour la durée de l'instance, sur les provisions et sur toutes les autres mesures urgentes. »

D'après l'article 241 « le mari peut refuser la provision alimentaire si la femme ne justifie pas, lorsqu'elle en est requise, de sa résidence dans la maison indiquée. »

L'article 246 qui autorise les tribunaux à surseoir à la prononciation du divorce décide « que dans ce cas, le tribunal maintient ou prescrit l'habitation séparée et les mesures provisoires. »

De plus, aux termes de l'article 238 « lorsque le tribunal est saisi, les mesures prescrites par le juge peuvent être modifiées ou complétées au cours de l'instance par jugement du tribunal. »

La loi du 18 avril 1886, en abrogeant les articles 268 et 269 du Code civil et en les remplaçant par les articles 236, 238, 240 et 241 n'a innové que sur deux points. D'abord, elle attribue compétence au président du Tribunal pour statuer, en tout état de cause, en référé, sur la demande de résidence séparée, et, tant que le tribunal n'est pas saisi de l'action principale, sur la demande de provision alimentaire. Ensuite, elle reconnaît au mari, comme à la femme, le droit à des aliments et à une résidence séparée, alors que les termes de l'article 268 semblaient exclure le mari, de ce droit ; elle consacre ainsi un système généralement admis par la doctrine et la jurisprudence.

Mais en ce qui concerne le fond même du droit à une provision alimentaire et à une résidence séparée pendant

l'instance, la loi du 10 avril 1886 n'a porté atteinte en aucune façon aux principes sanctionnés par le Code civil et la loi du 27 juillet 1884.

Le juge conciliateur et le tribunal sont seuls compétents pour statuer sur la pension alimentaire réclamée. Mais le pouvoir du juge conciliateur ne peut s'exercer que dans l'ordonnance de non-conciliation ou de défaut ou dans l'ordonnance qui prescrit un ajournement. Quant au tribunal, il est exclusivement compétent dès le moment où il a été saisi par l'assignation et jusqu'au jugement définitif, soit qu'il s'agisse d'allouer une pension alimentaire, soit qu'il y ait lieu de la supprimer ou d'en modifier le *quantum*.

Enfin, la Cour d'appel peut être appelée à statuer sur la pension dans deux cas : en premier lieu, lorsqu'elle est saisie comme juge du second degré de l'appréciation d'une décision rendue en premier ressort par le juge conciliateur ou par le tribunal, et en second lieu à raison de l'effet dévolutif de l'appel, lorsque le jugement qui a prononcé un sursis ou qui a statué sur la demande de divorce lui est déféré. Dans ce dernier cas il appartient à la Cour, soit d'allouer une pension s'il n'en a pas encore été demandé, soit de modifier ou de compléter les décisions précédemment rendues sur une demande de pension.

On a contesté que la demande de pension alimentaire ou de provision *ad litem* (car la difficulté est commune à ces deux demandes) pût être formée en tout état de cause et notamment en appel, parce qu'elle constituerait une demande nouvelle et principale. Nous croyons que c'est à tort. Ce n'est pas là en effet une demande nouvelle dans le sens de l'art. 464 du Code de procédure civile. On doit plutôt la considérer comme une défense à l'action princi-

pale. Les besoins qui motivent la demande en provision ne se déclarant qu'au cours de l'instance d'appel, et l'époux ne pouvant suivre la procédure d'appel qu'à l'aide d'une pension alimentaire et d'une provision *ad litem*, il est équitable autant que juridique d'accueillir sa demande. Vraye et Gode, t. II, p. 63. Goirand, p. 212. Angers, 13 frimaire, an XIV. Rennes, 2 mai 1812. Bordeaux, 3 janv. 1826. Dijon, 10 mars 1841. Trib. Verviers, 13 août 1867. Trib. Seine, 21 mai 1885. Orléans, 27 décembre 1883. Bourges, 17 nov. 1884. Paris, 7 nov. 1888, V. Coulon, *op. citat.* t. III, art. 238 et 240. Merlin, Rép. V° Appel. sect. I, § 9, n° 7. Massol., *Sép.* p. 159, n° 11. Demolombe, *Mariage*, t. II, p. 534, n° 459. Carré et Chauveau, t. II, p. 177. Bioche, Dict. V° *Sép. de corps*, n° 53. Le Senne, *Sép.* n° 237. Zachariae, t. I, p. 262. Laurent, t. III, n° 262.

Une demande semblable pourrait même, dit M. Goirand, p. 212, être introduite pour la première fois devant la Cour de cassation, mais celle-ci n'étant pas juge du fait, c'est à la cour qui a rendu l'arrêt entrepris qu'il appartiendrait d'y faire droit. Cour de cassation de Darmstadt, 13 décembre 1841.

La femme qui forme, au cours d'une instance, une demande en provision alimentaire n'a besoin ni de l'autorisation de son mari, ni de l'autorisation de justice. C'est ce qui résulte, du moins implicitement, de l'art. 238, § 4. C. civ., d'après lequel : par le fait de l'ordonnance qui constate la non-conciliation ou le défaut « la femme est autorisée à faire toutes procédures pour la conservation de ses droits et à ester en justice jusqu'à la fin de l'instance. »

C'est, en général, par voie de conclusions que les demandes de cette nature seront portées devant le tribunal

ou la Cour, au cours de l'instance. Rien n'empêcherait cependant qu'elles fussent introduites par voie d'assignation; elles conserveraient néanmoins, dans ce cas, leur caractère de demandes incidentes, car le caractère d'une demande dépend de son objet et non des formes suivies pour en saisir la justice.

Si la pension alimentaire est sollicitée du président conciliateur, aucune écriture n'est nécessaire; il suffit de formuler oralement la demande lors de la comparution devant le magistrat. *Sic*, Vraye et Gode, t. II, p. 64.

La circonstance que la femme est engagée dans une instance en divorce ou en séparation de corps, ne suffira pas, par elle-même, pour légitimer une demande de provision alimentaire. A cette condition essentielle, doit s'en ajouter une autre : l'insuffisance de ses revenus, comme il résulte des principes généraux en matière de provision alimentaire. Ces principes ont été invoqués dans les travaux préparatoires et les termes « s'il y a lieu » employés dans les articles 268 ancien et 238 § 2, nouveau, ne font que rappeler les dispositions de l'article 208 du Code civil. V. en ce sens, Carpentier, p. 223, n° 232. Coulon, *Man. form.* 5e Edit. 1891, p. 122 et 123. Curet, p. 124, n° 149. Defrénois, p. 90. Depeiges, p. 48. Goirand, p. 151. Le Senne, p. 131. Massol, p. 239. Poulle, p. 208. Vraye et Gode, t. II, p. 65. Willequet, p. 180.

La femme devra donc fournir la preuve de l'insuffisance de ses revenus, car elle est demanderesse au procès.

Dans la plupart des cas, cette preuve sera bien facile à faire et il ne s'agira plus pour le juge que de fixer le *quantum* de la provision alimentaire.

Ainsi, les époux sont-ils mariés sous le régime de la communauté, il suffira à la femme d'établir ce fait et il y

aura lieu à pension. Cela résulte clairement des travaux préparatoires du Code. « S'il y a communauté, fit observer Tronchet, une pension doit être payée à la femme, parce que la communauté subsiste jusqu'au divorce; ce n'est que dans le cas où il n'y a pas de communauté qu'il convient d'examiner si la femme a un revenu suffisant. » Coulon, 5e Edit. *Man. form.* p. 123.

MM. Vraye et Gode trouvent cette affirmation de Tronchet trop absolue, ils estiment que la femme n'aurait pas droit à une provision alimentaire, si les clauses du contrat de mariage l'avaient mise à même de toucher, sur ses simples quittances, une partie de ses revenus, ou bien si une procuration du mari l'avait autorisée à recevoir tout ce dont elle peut avoir besoin. *Contra.* Constant, p. 137.

Il en serait de même si, par une combinaison quelconque, la femme disposait de revenus suffisants ou si elle exerçait un état, une profession, une industrie, un commerce susceptibles de lui permettre de subvenir à ses besoins. Vraye et Gode, t. II, p. 65 et 67.

La femme est-elle mariée sous le régime de la séparation de biens, avec existence de biens personnels suffisants ou sous le régime dotal, avec des biens paraphernaux, toute provision alimentaire devra lui être refusée. Carpentier, p. 223. Coulon, *Man. form.* 5e Edit. p. 122. Curet, p. 124. Goirand, p. 151. Le Senne, p. 131. La jurisprudence, cependant, se montre fort large, trop large peut-être, en ce qui concerne l'allocation d'une provision alimentaire à la femme, et bien des décisions ne sont pas précisément en harmonie avec la rigueur des principes. Voir notamment, Aix, 19 août 1869. Cass. 9 mars 1869. et Coulon, *Le div. et la sép.* t. III, art. 238 et 240.

Dans les différentes hypothèses que nous venons de pas-

ser en revue, nous avons supposé qu'une résidence séparée avait été indiquée à la femme.

Mais, s'il n'en est pas ainsi, sa demande de provision alimentaire sera-t-elle recevable ?

Une distinction s'impose. Dans tous les cas, il y aura lieu de lui allouer une provision *ad litem*. N'a-t-elle pas, en effet, à faire l'avance des frais du procès, qu'elle ait ou non usé de la faculté qui lui est accordée par l'article 236 (art. 268. anc. c.civ.). Carpentier, p. 226. Le Senne, p. 242. Massol, p. 130.

Au contraire, la demande de pension alimentaire proprement dite, ne saurait être accueillie quand la femme n'a pas quitté le domicile conjugal. Elle continue, d'ailleurs, à y recevoir des aliments et, comme le dit fort bien Massol « Elle est censée reconnaître alors que le mari est disposé à supporter tous les frais du ménage. » Curet, p. 125. Depeiges, p. 47. Villequet, p. 181. Toutefois, si, habitant dans la même maison que son mari, ce dernier refusait de subvenir à ses besoins, la recevabilité de la demande de la femme ne pourrait plus être contestée. Curet, p. 125. Le Senne, p. 130. Massol, p. 242. Laurent, t. III, n° 263. Carpentier, n° 238. Depeiges, n° 71.

Que faudrait-il décider si la femme, demanderesse ou défenderesse au procès, avait quitté le domicile conjugal pour causes légitimes, sans se faire autoriser à résider séparément ? Nous n'hésiterions pas à lui accorder la pension alimentaire sollicitée. En effet, tant que le mariage subsiste le droit à la pension alimentaire existe, le mari est toujours tenu de subvenir indépendant du *droit à une habitation séparée* aux besoins de sa femme ; ces deux droits sont parallèles. *Sic*. Trib. Bruxelles, 16 juillet 1887. Coulon, *op. citat.* t. III, art. 238 et 240.

Seul, *le payement* de la pension peut être subordonné à la condition de la résidence de la femme dans le lieu indiqué. Et qu'on ne nous objecte pas qu'il dépendra de la femme d'éluder la sanction de l'article 241 nouv. C. c. (art. 269 anc. C. c.), en quittant le domicile conjugal, sans se faire autoriser à résider séparément. En cette conjoncture, croyons-nous, le mari pourrait obtenir du juge l'indication du lieu où sa femme serait tenue de résider, sous peine de ne pouvoir toucher les termes de la pension.

Il convient, en effet, que le mari soit toujours mis à même d'exercer son droit de surveillance sur la conduite de sa femme.

On voit, par ce qui précède, quelle connexité relie entre elles ces deux mesures provisoires : la fixation d'une résidence séparée pour la femme (ou la simple autorisation de résider à part pour le mari), et l'attribution au profit de l'un des conjoints d'une pension à toucher pendant la durée de l'instance. L'une est la condition *sine qua non* de l'exercice de l'autre.

Mais elles n'en sont pas moins parfaitement distinctes. La femme (que nous continuons à supposer demanderesse) a pu, par exemple, obtenir la désignation d'un domicile provisoire sans réclamer la pension. Dans ce cas, l'omission pourra être réparée au cours de l'instance, pourvu, bien entendu, que la demande en pension fasse l'objet de conclusions spéciales et précises. Mais ces conditions fixent-elles en même temps le point de départ nécessaire de la pension? N'y aura-t-il aucune circonstance dans laquelle la femme puisse demander et le tribunal ordonner que ce point de départ soit reporté à un jour antérieur?

. Il serait trop rigoureux, suivant nous, de décider que la pension ne pourra jamais remonter au delà du jour même

où elle a été requise. Si la femme justifiait que depuis un jour donné, et, par exemple, depuis le jour où elle a été autorisée à vivre séparément, elle n'a pu subsister avec ses propres ressources, aucun principe de droit, nous le croyons du moins, n'empêcherait de fixer à cette date le point de départ de la pension. Les jugements constatent le plus souvent des droits antérieurement acquis et peuvent régler une situation déjà faite. Si la femme a été privée fortuitement des ressources sur lesquelles elle comptait, si une maladie l'a mise dans l'impossibilité de se livrer à l'industrie qui devait la faire vivre, l'équité et l'intérêt légitime des tiers qui ont pu faire crédit à la femme, ne commanderont-ils pas de reporter la naissance de la pension alimentaire au moment même où elle est devenue nécessaire?

En résumé, le jour de la séparation provisoire marque le terme au delà duquel la pension ne saurait jamais remonter. Mais nous croyons que le juge pourrait, à la condition de ne pas dépasser cette limite, fixer à un jour antérieur à la demande en pension la date à laquelle la nécessité de cette pension s'est fait jour et à créé, pour l'autre époux, l'obligation de la servir. *Sic*. Depeiges. Rec. Smets. 1887, p. 229. Vraye et Gode, t. II, p. 68.

La décision qui interviendra sur la pension alimentaire aura toujours un caractère essentiellement provisoire en ce sens que le *quantum* pourra toujours être modifié si les termes de comparaison qui servent à l'établir, subissent eux-mêmes des modifications. Nous nous expliquons. Si la position de fortune de l'époux qui la reçoit s'améliorait sensiblement, soit par un héritage, soit par le fait de son industrie, l'autre époux pourra toujours introduire une nouvelle instance, afin selon les cas de faire réduire ou supprimer la pension. De même si, par une cause quelconque,

par exemple une maladie ou des infirmités, la pension devenait insuffisante ou si la position de fortune de l'époux qui la paye s'améliorait d'une façon sensible, l'autre époux pourrait obtenir une augmentation de sa pension.

Les expressions *demande d'aliments* ne doivent pas être interprétées strictement ; en les employant, le législateur a voulu parler de tout ce qui était nécessaire à la vie : le logement, la nourriture, les vêtements, l'argent indispensable pour les besoins journaliers. Coulon, 5[e] Edit. *Man. form*. p. 124. Si au lieu de supposer une pension déterminée par justice, on supposait une pension réglée à l'amiable entre les époux, cette circonstance n'en changerait pas sensiblement le caractère, l'époux créancier conserverait à coup sûr le droit d'en réclamer l'augmentation en cas de revers ; l'époux débiteur, de son côté, celui d'en exiger la diminution dans l'hypothèse inverse. Il n'y aurait donc que la sanction qui disparaîtrait ; car la loi ne l'attache expressément qu'au cas d'une pension fixée par le Tribunal et les peines ne s'étendent pas.

Ici peut se poser la question de savoir si la femme pourrait réclamer de son mari une pension alimentaire, dans le cas où, privée en réalité de tous revenus, ou n'ayant que des revenus insuffisants, c'est-à-dire se trouvant dans les conditions requises par notre article, elle aurait des parents dans une situation de fortune telle, qu'ils pussent assurer et au delà ses besoins. Nous supposons, bien entendu, des parents astreints à la dette alimentaire. C'est comme on le voit, la question du conflit des obligations d'aliments. Il y a, sur ce point, des arrêts en sens divers. Bruxelles, 21 novembre 1848, B. J. 49. 60 ; Gand, 25 mai 1849, *Pas*. n° 233. Coulon, *op. citat.* t. III, art. 238 et 240.

Nous estimons, en ce qui nous concerne, que l'obligation

des parents, quel qu'en soit le degré, ne saurait être que subsidiaire à celle du conjoint. Celle-ci, en effet, a pour source un véritable contrat de droit civil. La créance qu'elle constitue à l'époux doit donc entrer dans le calcul des ressources, à défaut desquelles les parents sont seulement obligés. Prendre le contrepied de ce raisonnement, ce serait violer tout à la fois des règles relatives au devoir d'assistance résultant du mariage, les principes essentiels de la dette d'aliments, et s'enfermer à plaisir dans un cercle vicieux. Carpentier, p. 225. Laurent, t. III, p. 258. Vraye et Gode, t. II, p. 71.

Lorsque le mari n'a pas été condamné à servir à sa femme une pension pendant l'instance, et que d'ailleurs il ne lui sert pas volontairement de provision alimentaire, on se demande quel est le caractère des dettes contractées par la femme, au cours du procès, pour son entretien et sa subsistance. Ces dettes sont-elles à la charge de la communauté ? L'affirmative ne nous paraît pas douteuse. Car le mariage et par suite la communauté subsistent encore au regard des tiers. On ne saurait opposer à ceux-ci la règle tracée par l'article 252. C. civ., d'après laquelle le jugement dûment transcrit remonte quant à ses effets entre époux, au jour de la demande. *Sic.* Vraye et Gode, t. II, p. 72. Un arrêt de la Cour d'Orléans du 23 décembre 1889, Coulon, *op. citat.* t. III, p. 208, décide cependant que pendant la durée de l'instance en séparation de corps par elle introduite, la femme est tenue de subvenir à son entretien et à celui des enfants laissés à sa garde, lorsque la communauté et le mari sont dénués de ressources et ne lui apportent aucune aide pécuniaire. L'arrêt ajoute que les dettes que la femme contracte à cet effet dans les limites légitimes constituent des engagements personnels auxquels elle

est tenue de satisfaire directement envers ses fournisseurs.

M. Carpentier, p. 229, examine la même question en se plaçant dans des hypothèses différentes, il s'exprime en ces termes:

« Deux questions restent à envisager qui, pour être appelées à ne se présenter que dans des hypothèses tout à fait opposées, n'en appartiement pas moins à un seul et même ordre d'idées : Le règlement de la pension alimentaire doit-il être limité au temps pendant lequel s'agite le procès ? Ses effets, au contraire, ne peuvent-ils pas se faire sentir au delà du jugement qui admet le divorce ?

Première question : voilà une femme qui n'a pu obtenir de son mari le payement d'une allocation à laquelle il avait été condamné à son profit. Le jugement survient ; puis la liquidation définitive des droits des deux époux. La femme demande à comprendre au nombre des répétitions qu'elle peut avoir à exercer contre son mari ce qui lui était dû à titre de provision. En a-t-elle le droit ?

Ou bien : la femme n'a pas touché pendant le procès en divorce la provision à laquelle elle pouvait prétendre ; mais des tiers lui ont fait les avances dont elle avait besoin, tant pour assurer sa propre subsistance que pour lui permettre de poursuivre l'instance. Ces tiers ont-ils droit à une action contre le mari pour le recouvrement de leurs avances ?

Dans ces deux cas, ce qui fait doute, c'est que, d'une part, la femme a vécu pendant l'instance en divorce, et que, d'autre part, le mari n'a pas acquitté l'obligation à laquelle il était tenu. Lequel est préférable, de faire survivre cette obligation au but pour lequel elle avait été créée, ou bien d'en faire litière parce que des expédients plus ou moins laborieux ont permis au créancier de ne pas

souffrir de son inaccomplissement? La première solution nous paraît préférable. Il ne s'agit pas ici d'une obligation naturelle, il s'agit d'une obligation civile. Le jugement qui lui donne naissance nove en quelque sorte sa cause. Il n'est donc même pas nécessaire de s'en inquiéter. De sorte que l'on reste en présence de cette seule constatation : un débiteur n'a pas acquitté ce qui faisait l'objet de sa dette.

Les motifs sur lesquels nous appuyons cette conclusion indiquent que nous en adopterions une tout à fait différente si, au lieu de supposer une intervention de la justice pour sanctionner la dette du mari, nous supposions que la femme se fût contentée de s'adresser directement au tiers, sans agir contre son conjoint ; nous irions même plus loin, et si la dette du mari ayant pris la forme d'une condamnation judiciaire, nous pouvions découvrir dans un acte de la femme une sorte de renonciation à sa créance, nous déclarerions le mari dégagé, après le divorce, de tout lien de cette nature. »

Sur tous ces points la jurisprudence paraît conforme. Poitiers, 7 mars 1827. Angers, 13 frimaire an XIV. Paris, 28 août 1837. Trib. Bruxelles, 8 nov. 1873. Trib. Lyon, 26 nov. 1886. Bruxelles, 15 fév. 1875. Coulon, *op. citat.* t. III, art. 238 et 240.

Le Tribunal est libre de fixer une date quelconque au paiement de la pension à laquelle il condamne l'un des époux ; dans le cas où il ne s'est pas expliqué à cet égard, il faut déclarer la pension payable jusqu'à la liquidation de la fortune des conjoints, le simple bon sens impose cette solution. Trib. Seine, 24 mai 1885. Orléans, 27 décembre 1883. Coulon, *op. citat.* t. III, art. 238 et 240.

La décision qui alloue une pension alimentaire cons-

titue au profit de l'époux qui l'obtient un titre participant à toutes les prérogatives résultant d'un titre ordinaire; la pension est une créance comportant tous les droits et moyens d'exécution attachés à toutes autres créances. La nature particulière de la provision alimentaire ne permet pas de la soumettre à un régime d'exception, car le Code est muet sur ce point. L'époux créancier peut donc obtenir le paiement de sa pension par les voies et moyens ordinaires, notamment par la saisie exécution ou par la saisie arrêt. La condamnation au service de la pension emporte également hypothèque judiciaire sur les biens du débiteur. En effet, la pension alimentaire constitue une créance liquide, certaine et exigible, malgré l'incertitude de la décision définitive sur la demande en divorce. On ne comprendrait pas une procédure telle que des époux reconnus créanciers d'une provision alimentaire ne puissent user contre leurs conjoints des droits appartenant à tout autre créancier de ceux-ci. D'autre part, il ne faut pas exposer l'époux débiteur à des poursuites vexatoires qui entraveraient ses affaires et sa liberté d'action, et cela à propos d'une instance dont le résultat ne peut se préjuger. Partant de ces principes qui sont évidemment applicables également au cas de saisie exécution, M. Roger (*Traité de la saisie arrêt*, nº 201) pense que les tribunaux peuvent, dans leur sagesse, maintenir, restreindre ou lever la saisie, selon qu'elle leur paraît fondée et nécessaire d'après l'état des parties et les circonstances de la cause. Nous nous rallions entièrement à cette opinion.

Le Tribunal peut même, suivant nous, prescrire les mesures qui lui paraissent utiles pour assurer le service de la pension. Par leur nature même, ces mesures sont urgentes et rentrent dans celles que le tribunal a le droit d'ordon-

ner. Art 240. C. civ. Paris, 30 novembre 1812. Bruxelles, 7 novembre 1853. Gand, 25 mai 1849. Paris, 4 août 1871. Coulon, *op. citat.* t. III, art. 238, 240. 242. Vraye et Gode, t. II, p. 70. Carpentier, n° 240. Une question spéciale, quoique fort intéressante se pose ici, l'obligation alimentaire résultant des articles 238 et 240 peut-elle faire disparaître l'incessibilité et l'insaisissabilité des pensions des militaires ?

Le Tribunal de Bruxelles a jugé cette question le 20 novembre 1886 dans le sens de l'affirmative, en déclarant que l'article 268 Code civil (remplacé aujourd'hui en France par les articles 238 et 240) rappelait et maintenait l'obligation alimentaire résultant de l'article 214 du même code, pour le cas où, à raison des circonstances, la femme ne saurait plus continuer à habiter le domicile conjugal, que dès lors, il ne fallait pas s'en tenir textuellement aux termes de l'article 25 de la loi belge du 24 mai 1838 sur les pensions militaires ; et que si cet article, après avoir déclaré personnelles et viagères, incessibles, et insaisissables les pensions militaires, faisait exception à cette règle dans les circonstances prévues par les articles 203, 205 et 214 du Code civil, il convenait d'étendre la dérogation au cas prévu par l'article 268 du même code.

M. Smets dans son recueil sur le divorce, année 1887, p. 22, s'explique de la manière suivante sur cette question et nous partageons absolument sa manière de voir :

« Cette solution ne nous satisfait point.

L'art. 25 de la loi belge du 24 mai 1838 est conçu en ces termes :

« Les pensions militaires.... sont incessibles et insaisissables, excepté.... dans les circonstances prévues par les art. 203, 205 et 214 C. c. » Cette disposition est la

reproduction littérale de l'art. 28 de la loi française du 11 avril 1831 sur les pensions de l'armée de terre ; toutefois, l'art. 28 de cette loi ne fait pas mention de l'art. 214 C. c.

L'omission de l'art. 214 C. c. a-t-elle été volontaire? La Cour de Toulouse s'est prononcée sur cette question et, par un arrêt du 18 janvier 1840, elle a confirmé, en adoptant les motifs du premier juge, un jugement du tribunal d'Alby en date du 28 janvier 1839. Dalloz, Rép. V° *Pension*, n° 204, note 5.

Il nous paraît utile de reproduire les motifs de ce jugement, car ils nous fourniront des éléments précieux pour la solution de la question tranchée par la décision que nous rapportons :

« Attendu que si, par une dérogation expresse au droit commun, par un privilège très exceptionnel, l'art. 28 de la loi du 11 avril 1831 décide, en règle générale, que les pensions militaires et leurs arrérages sont incessibles et insaisissables, cependant le législateur a voulu que le bénéfice accordé aux serviteurs de la patrie cessât et que les pensions militaires rentrassent dans la classe ordinaire, lorsqu'il s'agit d'exécuter les obligations naissant du mariage ;

» Attendu qu'au nombre de ces obligations figurent non seulement celles qui assujettissent les père et mère à nourrir leurs enfants et qui, réciproquement, imposent aux enfants le devoir sacré de fournir des aliments aux auteurs de leurs jours, mais encore celle qui prescrit au mari de pourvoir incessamment aux besoins et à l'entretien de sa femme ;

» Attendu qu'il faut reconnaître dès lors que la législation de 1831, en indiquant comme seuls cas exceptionnels au principe de l'incessibilité et de l'insaisissabilité des

pensions militaires, ceux prévus par les art. 203 et 205 C. c., n'a pas entendu exclure du bénéfice accordé aux père et mère et à leurs enfants, réciproquement les uns vis-à-vis des autres, la légitime épouse dont les droits sont aussi sacrés.

» Qu'il faut donc décider que la mention des art. 203 et 205 C. c., est purement démonstrative, en ce qui concerne les droits de la femme et que celle-ci peut saisir la pension militaire de son mari, lorsque des sommes doivent lui être fournies par celui-ci à titre d'aliments. »

La Cour de Toulouse a-t-elle fait une saine et rigoureuse application des règles généralement admises en matière d'interprétation des lois ? L'affirmation ne nous paraît pas douteuse.

L'art. 28 de la loi du 11 avril 1831 consacre un principe général, l'insaisissabilité des pensions militaires et une dérogation à ce principe dans les circonstances prévues par les art. 203 et 205 C. c. Pouvait-on étendre l'exception aux circonstances prévues par l'art. 214 C. c. ? Pour qu'une disposition légale constituant une exception à un principe général posé par la loi, soit susceptible d'interprétation extensive, il faut que le cas non prévu procède identiquement de la même cause que le cas prévu.

L'obligation alimentaire de l'art. 214 C. c., dit la cour de Toulouse, est une obligation qui naît du mariage, tout comme celle qui résulte des art. 203 et 205 ; les droits de la femme sont aussi sacrés, ajoute-t-elle, que ceux des parents et des enfants. Il y a donc entre ces deux obligations identité d'origine et de caractère, et, dès lors, l'interprétation extensive nous semble s'imposer.

Mais, si nous approuvons en tout point l'arrêt de la cour de Toulouse, nous devons, en nous inspirant des motifs de

cette décision, combattre la thèse admise par le tribunal de Bruxelles.

L'article 268, C. civ., lisons-nous dans ce jugement, ne faisant que rappeler et maintenir les principes posés dans l'art. 214, il y a lieu d'étendre à l'art. 268 l'exception prévue par l'art. 25 de la loi du 24 mai 1838. Est-ce bien exact? l'art. 268, envisagé dans son ensemble, rappelle et maintient si peu les dispositions de l'art. 214, qu'il autorise la femme à quitter le domicile conjugal, alors que l'article 214 fait de la cohabitation une obligation légale. Quel est d'ailleurs le fondement juridique de l'article 214? l'affection maritale, tout comme l'affection paternelle et filiale servent de fondement aux articles 203 et 205. L'affection maritale ne constitue pas seulement un devoir moral, mais encore une obligation dont la sanction se trouve dans la loi.

Quel est, au contraire, le fondement de l'article 268? L'affection maritale? Incontestablement non, puisque la loi, en autorisant les époux à plaider en divorce, suppose que l'affection maritale n'existe plus. L'article 268, C. civ. ne trouve-t-il pas plutôt sa raison juridique dans les considérations de convenances ou mieux d'humanité, tout comme les articles 206 et 207, C. civ. par exemple? Que ferait le juge en présence d'une saisie pratiquée en exécution d'un jugement accordant une pension alimentaire dans les cas prévus par ces deux derniers articles? Ne devrait-il pas reconnaître que le législateur a voulu établir une distinction entre les circonstances prévues aux articles 206 et 207 et celles dont s'occupent les articles 203, 205 et 214?

Et pour en revenir à l'article 268 ancien, son assimilation aux articles 206 et 207, volontairement omis par le

législateur de 1831, ne s'impose-t-elle pas? Le devoir d'affection des parents, des enfants, des époux est sacré, dit la cour de Toulouse. Eût-elle parlé en ces termes des sentiments d'affection d'un gendre à l'égard de sa belle-mère par exemple? ou bien des sentiments de conjoints plaidant en divorce?

De part et d'autre, des devoirs existent, mais ils diffèrent de caractère. Il s'en faut donc de beaucoup qu'il y ait identité de situation, et parité de motifs, ce qui serait nécessaire cependant pour autoriser le juge à user de l'interprétation extensive au lieu de recourir à l'interprétation restrictive.

Il n'y a donc pas lieu d'étendre l'exception de l'art. 25 de la loi précitée au cas prévu à l'art. 268 C. c. Telle est la solution qui nous paraît conforme aux principes généraux, notre seul guide en la matière, car les travaux préparatoires ne nous fournissent aucun élément d'appréciation. Et quand le tribunal invoque les discussions parlementaires à l'appui de son système, il se base, à tort, sur les débats relatifs à une tout autre question que celle sur laquelle il était appelé à statuer.

Il s'agit, en effet, du Titre III de la loi belge du 24 mai 1838, titre relatif aux « droits des veuves à une pension viagère et des orphelins à des secours temporaires. »

L'art. 10 placé dans ce titre est ainsi conçu : « En cas de séparation de corps prononcée à la requête du mari, la veuve d'un militaire ne peut prétendre à aucune pension ; dans ce cas et dans celui de divorce, les enfants, s'il y en a, seront considérés comme orphelins. »

L'art. 6 de la loi française du 25 juin 1861, modifiant celle du 11 avril 1831, contient une disposition semblable.

Quelle analogie le tribunal trouve-t-il entre les art. 10 et 25 de la loi du 24 mai 1838 ?

Ces articles prévoient des situations absolument différentes : l'art. 10 règle les droits de la veuve, l'art. 25 ceux de la femme mariée.

La première, jouissant d'une pension ayant un caractère plutôt politique que civil, a la certitude de pouvoir en toucher les arrérages ; la seconde, tout en ayant droit à une pension alimentaire dont les tribunaux fixeront le *quantum,* se trouve dans la situation de tout créancier qui, en possession d'un titre parfaitement régulier, en est cependant réduit à ne pouvoir compter que sur la bonne volonté d'un débiteur dont l'avoir est déclaré insaisissable par la loi. »

La loi ne s'explique pas sur le point de savoir qui devra supporter définitivement, lors de la liquidation, les sommes ainsi reçues par la femme à titre de provision. Les travaux préparatoires du Code civil ne fournissent sur ce point aucun éclaircissement. Regnaud de Saint-Jean-d'Angély demanda si la pension devait être prise sur la communauté ou sur les biens personnels du mari. La réponse suivante que lui fit Tronchet ne tranche pas la difficulté : « L'esprit de l'article étant d'assurer à la femme une pension alimentaire, cette pension sera prise indistinctement sur les revenus de la femme ou sur ceux du mari, en un mot sur tous les biens qui pourront la fournir. » Nous pensons néanmoins que le liquidateur devra, en règle générale, la mettre à la charge de l'époux qui la reçoit, et que les sommes ainsi payées ne constitueront qu'une avance dont il devra être tenu compte à l'époux débiteur lors de la dissolution de la communauté. Orléans, 27 décembre 1883. Bourges, 17 novembre 1884. Trib.

Seine, 12 mai 1886. Paris, 15 janvier 1888. Cass. Civ. 7 janvier 1890. Coulon, *op. citat.* t. III, p. 215.

Il a été décidé spécialement par un jugement du tribunal de la Seine du 21 décembre 1888 (4e Ch.) et par un arrêt de la Chambre des Requêtes de la Cour de cassation du 22 juillet 1889, que le caractère de la pension allouée à la femme plaidant en divorce ou en séparation de corps est nécessairement variable et dépend des résultats de la liquidation à intervenir entre les époux ; que cette liquidation étant faite, il appartient au tribunal de déterminer rétroactivement le véritable caractère (alimentaire ou provisionnel) de la pension par lui précédemment allouée et que la femme doit rapport lorsqu'elle trouve dans ladite liquidation un émolument égal ou supérieur à ce qu'elle a touché à titre provisoire. V. Coulon, *op. citat.* t. III, p. 216. Voir pour la pension alimentaire après le divorce et la séparation *infra.* Chapitre III, § 3, *c*, et pour la pension alimentaire en matière de conversion *infra.* Chapitre V, § 8.

Outre la provision alimentaire, les époux, le mari comme la femme, peuvent réclamer une provision *ad litem*. A la différence de la pension alimentaire, la provision *ad litem* ne peut être allouée par le président conciliateur, car l'article 238 ne l'autorise à statuer que sur la demande d'aliments. C'est donc le tribunal seul qui est compétent en pareille matière. Il puise, d'ailleurs, sa compétence dans l'article 240 C. civ.

Bien entendu, le pouvoir du tribunal est limité à la fixation de la provision nécessaire pour suivre le procès en première instance, car rien n'établit qu'il doive y avoir appel. La provision *ad litem* pour les frais d'appel doit être demandée à la Cour.

Si elle est réclamée pour soutenir ou combattre un pour-

voi, c'est au tribunal de première instance qu'il faut s'adresser. Vraye et Gode, t. II, p. 72. Coulon, 5e Edit. *Man. form.* p. 124. Laurent, t. III, n° 262. Carpentier, n° 239. Coulon, *Le div. et la sép.* t. III, p. 219 et suiv. Goirand, p. 213.

Une controverse s'est élevée sur le point de savoir, si le mari, bien qu'il n'ait aucune ressource personnelle, pouvait demander à sa femme une provision *ad litem.* Nous pensons qu'il y a lieu de décider que le mari a ce droit, comme il a celui de demander une pension alimentaire. Le droit à la provision alimentaire existe en germe dans l'article 212 du Code civil qui fait naître entre les époux une dette mutuelle de secours et d'assistance.

Pourquoi le droit à la provision *ad litem* ne procéderait-il pas de la même cause? Soutenir l'instance en divorce dans laquelle il est engagé est pour le mari un besoin, une nécessité; or aux termes de l'article 212, c'est à la femme à pourvoir à tous les besoins du mari qui est dépourvu de ressources.

L'article 240 du Code civil offre d'ailleurs un argument à l'appui de notre opinion. Le tribunal, dit cet article, « statue sur les provisions », ce qui laisse supposer qu'il peut être formé des demandes de provision par chacun des époux. Goirand, p. 213. Vraye et Gode, t. II, p. 73. Coulon, *Man. form.* 5e Edit. p. 124. Massol, p. 243. Aubry et Rau, t. IV, p. 173. Demolombe, t. II, p. 545. Laurent, t. III, p. 303. Le Senne, p. 132. Willequet, p. 182. Goirand, p. 152. Carpentier, n° 247.

La jurisprudence est invariablement fixée dans ce sens. Dijon, 17 mars 1841. Orléans, 13 mars 1845. Rouen, 13 novembre 1878. Cependant le tribunal de Bruxelles a, le 24 juin 1876 rendu une décision contraire en se basant

sur ce que nulle part la loi ne s'occupe de mesures provisionnelles en ce qui concerne le mari en matière de divorce. Coulon, *op. citat.* t. III, p. 222. La provision *ad litem* doit être payée en argent ou en valeurs facilement négociables, elle est insaisissable comme la provision alimentaire, art. 581. Code de proc. sauf pour cause d'aliments, art. 582. Code de proc. La provision *ad litem* et la provision alimentaire ne sont pas incessibles. Vraye et Gode, t. II, p. 76. Cass. 31 mai 1826. Cass. 1er avril 1844. Coulon, *op. citat.* t. III, art. 240. Carré et Chauveau, t. IV, p. 669. Locré, t. XXII, p. 391. Troplong, t. I, nº 22. De la vente. *Contra*, Le Senne, p. 133. Duranton, t. XVI, nº 165. Duvergier, Vente, t. I, nº 214.

Pour évaluer le montant de la provision *ad litem*, les tribunaux devront apprécier l'étendue des frais probables de l'instance, en tenant compte des actes de procédure que l'action en divorce nécessite en général et spécialement dans chaque espèce. Mais leur décision à cet égard, n'a rien d'irrévocable, et la provision pourra toujours être augmentée, si les circonstances le justifient. Le calcul de la provision *ad litem* devant se faire d'après une base unique et indépendamment de la fortune et du rang social des parties, contrairement à la pension alimentaire, il s'ensuit que les tribunaux devront accorder à la femme la somme qu'ils jugeront nécessaire, même si cette avance ébrèche exagérément les revenus du mari, et il en serait de même s'il s'agissait du mari au lieu de la femme. *Sic*, Bruxelles, 26 juin 1849. Coulon, *op. citat.* t. III, art. 240.

Dans une instance en divorce ou en séparation de corps, lorsque la somme fixée par le tribunal à titre de provision pour frais de justice est épuisée, une nouvelle provision doit être accordée à la femme jusqu'à l'obtention du ju-

gement définitif. La provision *ad litem* absorbée en première instance doit être augmentée pour les frais et honoraires de l'instance de l'appel. La femme demanderesse en divorce, ou le mari demandeur, qui, ayant obtenu en première instance une provision *ad litem*, n'a point interjeté appel du jugement qui a fixé le chiffre de cette provision, ne peut demander sur appel du jugement définitif un supplément à cette provision pour faire face au reliquat des frais de première instance, qu'elle a été insuffisante pour acquitter; elle peut seulement demander une provision nouvelle pour les frais à exposer devant la cour. En degré d'appel il n'y a pas lieu d'allouer une provision nouvelle, lorsqu'il n'est pas établi, par des états taxés et acquittés, que celle allouée par le premier juge est épuisée. Il en est surtout ainsi, lorsque la partie qui la réclame, n'aura plus de nouveaux frais à faire.

Une demande d'augmentation de la provision *ad litem* peut être reproduite en appel, bien qu'un arrêt précédent ait refusé une nouvelle provision, par le motif qu'il n'était pas établi que la somme allouée en première instance pour frais de justice fut épuisée. Voir, sur ces points, Coulon, *Le div. et la sép.* t. III, art. 240 et 248.

La provision *ad litem* doit-elle se restreindre aux frais à faire à partir du moment où elle est demandée, et ne pas comprendre les débours déjà faits à cette date?

L'affirmative a été adoptée par les décisions suivantes : Gand, 30 juin 1865. Gand, 26 décembre 1872. Bruxelles, 15 décembre 1875. Trib. Anvers, 27 nov. 1884. *Pandectes belges*, p. 693. Coulon, *op. citat.* t. III, art. 240.

Il faut remarquer qu'il n'est question ici que du montant d'une provision *ad litem*. Il faut donc, pour que cette

hypothèse se réalise, que l'instance en divorce soit encore pendante.

D'après nous, le passé doit être réglé, aussi bien que l'avenir ; la distinction entre ce qui a déjà été fait et ce qui reste à faire pour les besoins du procès nous semble puérile ; c'est même *a fortiori* qu'il y a lieu de subvenir à des dépenses d'autant plus certaines que l'événement a démontré qu'elles étaient nécessaires, et dont on apporte la justification.

Dans la pratique, il en est toujours ainsi quand la première provision a été dépassée : celle qu'on accorde à titre de majoration contient, outre ce qui est nécessaire pour l'avenir, le remboursement des avances. Trib. Bruxelles, 1er mai 1858. *Pandectes belges*. Divorce, p. 692. On ne voit pas pourquoi il en serait autrement lorsque la femme, au lieu de dépasser la provision en payant de ses propres fonds, a pris des engagements qui restent en souffrance.

Ses créanciers auront donc, de ce chef, une action contre le mari. — C. civ., art. 1166.

Mais l'obligation du mari de mettre sa femme à même de se défendre n'est que provisoire, limitée à la durée de l'instance en divorce. Celle-ci éteinte, pour une cause quelconque, la femme ne doit plus être mise à même de soutenir un procès qui n'existe plus. Lors donc que, sans être provisionnée, elle a contracté des engagements pour assurer sa défense, ou que, dans le même but, elle a dépassé le chiffre de la provision qui lui avait été allouée, et qu'il s'agit de savoir à qui incombe le payement de ces dettes, il n'est plus question, à proprement parler, de provision *ad litem*, mais du règlement de dettes contractées pour un procès fini. C'est donc par une action nouvelle et distincte qu'il faudra procéder, portant, il est vrai, sur les mêmes

sommes, mais autrement qualifiées et ne constituant plus la matière d'un incident de l'action principale.

Or, l'instance peut se terminer de deux façons: 1° par un jugement qui, outre le principal, statue sur la question des frais; 2° sans jugement, de façon que la question des frais reste en suspens.

Dans le premier cas, il n'y a qu'à exécuter le jugement suivant sa teneur. Le mode d'exécution dépendra du régime sous lequel les époux sont mariés. Trib. Bruxelles, 26 janvier 1887. *Pandectes belges.* Divorce, p. 698. Coulon, *op. citat.* t. III, art. 240.

Mais, dans le second cas, il n'y a pas de jugement à exécuter. Chacune des parties a exposé des frais. Qui les supportera? Quand une femme a contracté des dettes pour faire valoir ses droits en justice, le point de savoir si elles incombent finalement au mari dépend des principes généraux du droit, quant au pouvoir de la femme d'obliger son mari ou la communauté. Il faudra donc rechercher dans quelles circonstances la dette est née, si elle est légitime, si elle a été formée sans faute de la femme, si elle n'a pas été occasionnée par la faute du mari. Dans tous ces cas, la justice pourra l'imputer à celui-ci. Dans le cas contraire, elle restera à la charge personnelle de la femme.

Il faut, du reste, distinguer entre le droit des créanciers et l'imputation définitive entre les époux. Ce que nous venons de dire règle ce dernier point. Quant aux créanciers, ils ont d'abord pour débitrice la femme qui a traité avec eux régulièrement, car elle était autorisée à plaider et partant, à faire les dépenses qui en résultent. Ils ont ensuite également pour débiteur le mari si les époux étaient communs en biens, puisque la communauté est te-

nue des dettes contractées par la femme avec autorisation de justice. Gand, 6 avril 1883.

La cour de Liège, de son côté, a jugé que lorsque la provision accordée à la femme pour se défendre contre une action en divorce dirigée par le mari est devenue insuffisante, et que des frais ultérieurs ont été occasionnés, l'avoué qui en a fait l'avance est fondé à les réclamer à charge des deux époux, qui en sont tenus solidairement. — Liège, 8 juill. 1858. *Pandectes belges.* Divorce, p. 693. Thomine Demazures, C. pr. t. II, n° 1032. Bellaigue, Rec. prat. 1862, t. XIII, p. 517. Paris, 18 mai 1815. Bruxelles, 5 juillet 1809. Aix, 26 mai 1886. Coulon, *op. citat.* t. III, art. 240. Cass. Req. 22 nov. 1853. Caen, 25 août 1883.

L'opinion contraire est soutenue par MM. Vraye et Gode, t. II, p. 79, en ces termes : « Le principe du droit à la provision *ad litem* existe dans l'article 212 du Code civil ; mais comment la femme qui a succombé ou bien son avoué pourraient-ils invoquer encore le principe après la décision déclarant les poursuites de la femme téméraires et mal fondées. Fournir à la femme les fonds nécessaires à une demande qui peut être juste, voilà bien une obligation d'assistance ; mais les lui fournir quand la demande est rejetée, serait une obligation dont le fondement n'existe nulle part dans la loi.

Il faut donc dire que l'avoué exercera ses droits sur la provision *ad litem* s'il en a été accordé ; s'il n'en a pas été demandé ou bien si la provision allouée était insuffisante, l'avoué n'aurait, pour le recouvrement de sa créance, qu'une action personnelle contre la femme basée sur l'article 1426 du Code civil. *Sic.* Limoges, 28 avril 1813. Paris, 8 novembre 1827. Cass. 11 juillet 1837. Angers, 28 juin 1850. Douai, 4 juillet 1854. Cass. 30 avril 1862. Cass.

5 juillet 1805. Coulon, *op. citat.* t. III, art. 238 et 240. Carré et Chauveau, *Lois de la proc.* t. I, p. 649. Massé et Vergé, t. IV, § 642. Pont, Rev. crit. 1855, p. 396. Troplong, *Cont. de Mar.* t. I, n° 610. Dutruc, *Sép. de biens*, n° 142. Le Senne, n° 229.

Que doit comprendre la provision *ad litem?* Tout d'abord les frais de procédure proprement dits, cela est incontestable. Ce sont les dépens taxés : tels sont les frais de timbre, de greffe, d'enregistrement, les débours et honoraires des huissiers et avoués, les taxes des témoins, etc.

Mais un procès n'occasionne pas seulement ces débours. Sans s'attacher à tous les faux frais qui s'accumulent rapidement, il faut encore prévoir que la femme, en présence de la procédure touffue de l'action en divorce et de l'importance que son issue présente pour elle, ne se fiera pas à ses propres lumières, et réclamera l'assistance d'un conseil, d'un avocat. Les honoraires de celui-ci doivent-ils être considérés lorsqu'il s'agira, pour le tribunal, de fixer l'étendue de la provision *ad litem*?

L'assistance de l'avocat est assurément nécessaire à la femme dans la presque généralité des cas. Dès lors, pourquoi les honoraires de celui-ci seraient-ils écartés? Un arrêt de Liège du 4 janv. 1865 semble se rallier à cette doctrine.

Néanmoins, un arrêt de la cour de Bruxelles a décidé que ces honoraires ne doivent pas être pris en considération. *Pandectes belges.* Divorce, p. 687. Le jugement *a quo* dont la cour a eu à apprécier le mérite, Trib. Bruxelles, 10 déc. 1887. *Pand. belg. pér.* 1888, n° 664, est motivé très faiblement; le seul argument qu'il fait valoir consiste à soutenir que la plaidoirie de l'avocat n'est que le développement des conclusions, et ne constitue pas un

élément essentiel de la défense! Mais qui donc, si ce n'est le conseil, inspire et rédige les conclusions? Qui conduit le débat, qui bâtit le système dont les conclusions ne sont que la manifestation écrite ? En outre quelle est cette thèse étrange qui voudrait contester l'utilité des plaidoiries?

La cour d'appel, en son arrêt du 11 mai 1888, *Pand. belg. pér.*, p. 1435, a confirmé ce jugement, mais ne s'en est pas approprié les motifs. Elle a, au contraire, fort juridiquement exprimé la vraie raison de douter, en citant l'art. 36 du décret de 1810, qui défend aux avocats belges « de forcer les parties à reconnaître leurs soins avant les plaidoiries ». Ce point de départ est incontestable. — V. *Pandectes belges*, v° *Avocat près les cours d'appel*, n°s 588 et s. — La cour en conclut que les honoraires de l'avocat ne peuvent jamais être compris dans la provition *ad litem,* qui ne se rapporte qu'à des débours futurs.

Nous sommes d'avis qu'en principe l'argumentation de la cour de Bruxelles est fondée, s'il est vrai que la provision *ad litem* ne s'applique qu'aux frais *à faire.* Mais, il n'en faut pas conclure d'une façon absolue, que les honoraires de l'avocat ne puissent jamais avoir le moindre rapport avec la provision *ad litem.* En effet, s'il lui est interdit de les réclamer avant d'avoir prêté ses soins, rien ne l'oblige à attendre que le litige soit entièrement terminé et dans ce cas, on voit que les honoraires peuvent avoir un rapport avec la provision *ad litem.* Pandectes belges. Divorce, p. 688.

La cour de Poitiers a tranché cette question le 21 juillet 1890 dans les termes suivants. « Les articles 80 et 82 du décret du 16 février 1807 ont déterminé la somme que la partie qui a gagné son procès peut répéter contre l'autre partie pour honoraires de son avocat. Il ne peut donc être

exigé du perdant rien de plus que ce que la taxe accorde. » A la suite de cette décision M. Guillaume Poulle (Loi du 31 juillet 1890) dont nous apprécions à un si haut degré la compétence, a résolu la difficulté dans la note suivante à laquelle nous ne voulons pas retirer un mot :

« Nous ne saurions nous associer à la décision qui précède et qui est basée sur des principes juridiques qui, à notre avis, ne pouvaient être invoqués dans l'espèce, étant donnés le but et l'utilité de la provision *ad litem* en matière de divorce et de séparation de corps.

La provision *ad litem* n'est, en effet, qu'une partie de la provision alimentaire, destinée plus spécialement à permettre à la femme de poursuivre l'instance en divorce ou en séparation de corps, de même que la provision alimentaire proprement dite est destinée à assurer sa subsistance au cours de l'instance.

La provision *ad litem*, comme la provision alimentaire, a pour base l'obligation qui incombe aux époux, en vertu des art. 212 et 213 C. civ., de se secourir et de s'assister mutuellement, tant que dure le mariage.

Proclamer que l'avocat qui assiste la femme, soit devant le tribunal, soit devant la cour, n'a droit qu'aux honoraires qui lui sont alloués par le décret du 16 février 1807 (art. 80 et 82), c'est risquer d'empêcher la femme de se faire défendre utilement, si l'instance est poursuivie contre elle, de la paralyser dans l'exercice de ses droits et de ses légitimes revendications, si c'est elle qui poursuit l'instance.

Le mari est tenu de fournir à sa femme, pendant l'instance en divorce ou en séparation de corps, une provision alimentaire qui doit être en rapport avec les besoins de l'épouse qui la réclame, avec les ressources de l'époux qui la doit.

Comment admettre que ces principes ne puissent être invoqués quand il s'agit de la provision *ad litem* et notamment des honoraires à allouer à l'avocat et à prélever sur ladite provision ?

La provision *ad litem* a pour but de permettre au conjoint qui la demande de faire face aux nécessités de sa défense. Est-ce que le choix d'un conseil expérimenté, dans certaines affaires de divorce et de séparation de corps particulièrement délicates, est chose indifférente pour le succès des revendications de l'époux outragé ? Est-ce que dire à la femme : votre avocat n'aura droit qu'à ce qui lui est alloué par le décret du 16 février 1807, ce ne sera pas souvent, sinon toujours, rendre impossible sa défense, la gêner, la compromettre, l'entraver tout au moins ? Comment fera la femme pour payer les déboursés de l'avocat, ses frais de voyage, — nous laissons de côté les honoraires proprement dits — si elle ne peut prélever, sur la provision *ad litem*, pour son conseil, que ce qui est alloué par le décret du 16 février 1807 ?

Mais dit-on, il y a le décret du 16 février 1807 et ce décret est formel. Il nous semble que l'on fait dire à ce décret bien des choses qu'il n'a jamais eu l'intention de dire. Il est clair, à notre avis, en effet, que l'application du tarif civil n'a d'autre objet que de déterminer la somme qui doit être passée en taxe, au point de vue du remboursement que doit faire la partie qui perd son procès à celle qui le gagne. Le tarif ne dit pas autre chose, et surtout il ne dit pas que la provision *ad litem* ne pourra pas servir à l'acquittement des honoraires de plaidoirie.

Or, dans l'espèce soumise à la cour de Poitiers, c'était sur la provision *ad litem* que l'avocat de la dame M... avait été payé, et la dame M..., par son commandement du 9

juin 1890, se bornait à réclamer au sieur M... le montant des frais du procès auxquels il avait été condamné par le même arrêt qui, faisant droit à la demande de la dame M..., avait prononcé le divorce au profit de celle-ci et aux torts de son mari. Il ne s'agissait donc nullement de faire considérer les honoraires de l'avocat de la dame M... comme constituant une partie des dépens du procès, et le décret du 16 février 1807 n'avait rien à voir dans l'espèce.

Il ne faut pas oublier d'ailleurs que les sommes versées par le mari à titre de provision *ad litem* et de pension alimentaire constituent des avances dont l'époux qui les a reçues doit compte à son conjoint au moment de la liquidation. *Sic*: Bourges, 17 novembre 1884, Coulon et Faivre, *Jurispr.*, p. 358, nº 315.

« Attendu, quant aux frais, disait également le tribunal civil de Liège, le 25 juillet 1845 (*Belgiq. judic.*, 1847, 295), qu'aucune loi ne paraît, d'une manière expresse, imposer au mari l'obligation d'en faire l'avance à sa femme : que, cependant, les termes *pension alimentaire* de l'article 268 C. civ. ne doivent pas être entendus d'une manière restrictive, mais, en général, de toutes demandes en provision que la femme peut former pour ses besoins ; que si la femme ne pouvait obtenir une avance pour subvenir aux frais du procès, il s'ensuivrait que le mari qui, pendant le litige, continue l'administration des biens de la communauté et même des propres de son épouse, paralyserait celle-ci dans l'exercice de ses droits, à moins qu'elle ne pût réclamer le bénéfice de plaider gratis, ce qu'elle ne pourrait obtenir si elle avait des biens propres ; que c'est donc au mari à lui faire cette avance, même contre ses intérêts, en vertu des principes généraux des articles 212 et 213 C. civ., avance qu'il pourra récupérer sur les biens de son

épouse, si celle-ci vient à être déclarée mal fondée dans son action ; attendu que le défendeur n'a pas prouvé que son épouse est nantie des sommes suffisantes pour les frais du procès, dont elle aurait déjà fait personnellement l'avance à son avoué, et qu'une somme de... paraît suffisante dans l'état de la cause, etc... »

On dira peut-être que le remboursement de ces avances sera chose impossible, si la femme n'a aucune fortune personnelle. Qu'importe, à notre avis, que le remboursement de ces avances soit chose impossible. Il ne faut pas oublier, en effet, que cette provision *ad litem* a sa base dans les articles 212 et 213 C. civ., et dans les devoirs de secours et d'assistance que se doivent mutuellement les époux : or cette provision qui nous occupe en ce moment, c'est le conjoint qui l'a demandée à son conjoint. En la réclamant, le conjoint, sans ressources personnelles suffisantes pour faire face aux nécessités du procès, a invoqué implicitement les devoirs de secours et d'assistance qui lient les époux : en l'accordant, le tribunal ou le conjoint débiteur de cette provision n'ont fait que sanctionner et que reconnaître ces obligations légales du mariage, toujours existant malgré l'instance en divorce ou en séparation de corps.

Aussi, et pour les raisons de droit et de fait qui précèdent, ne saurions-nous accepter la théorie de l'arrêt ci-dessus rapporté ». Comp. Carpentier, p. 226, n° 239.

La fin de non-recevoir prévue par l'article 241 du Code civil que le mari peut opposer à une demande de pension alimentaire si la femme quitte la résidence qui lui a été fixée peut être également opposée à la demande de provision *ad litem*. C'est de jurisprudence constante. V. Coulon, *Le div. et la sép.* t. III, art. 240 et 241. Il y a un motif spécial pour décider ainsi : c'est que la femme qui aban-

donne sa résidence, est non recevable à continuer ses poursuites, si elle est demanderesse, et, partant n'a plus besoin de provision *ad litem*, aussi longtemps que cette inaction forcée dure ; tout au plus y a-t-il lieu de liquider et de régler les dépenses faites, mais ce sera dans une instance séparée conformément aux principes exposés dans ce chapitre. *Sic. Pandectes belges.* Divorce, p. 893. Comp. Trib. Bruxelles. 16 juill. 1887. *Rec. pér. et crit.* p. 254.

D. Mesures relatives aux biens. Mesures conservatoires. Exercice de l'action paulienne.

Il était indispensable de prendre des mesures conservatoires pour sauvegarder les biens et les droits de la femme. Le législateur n'y a pas manqué, et la loi du 18 avril 1886 a même augmenté les mesures de protection qui existaient sous l'empire du Code civil et de la loi du 27 juillet 1884. Ces mesures sont relatives à l'apposition des scellés, à l'inventaire des biens de la femme, à l'annulabilité des actes frauduleux passés par le mari, à la fixation de l'époque à laquelle doit remonter, quant à ses effets entre époux, le jugement qui prononce le divorce.

Le Code civil de 1804 contenait un article (270) ainsi concu : « La femme commune en biens, demanderesse ou défenderesse en divorce, pourra, en tout état de cause, à partir de la date de l'ordonnance dont il est fait mention en l'article 238 (236 actuel) requérir pour la conservation de ses droits l'apposition des scellés sur les effets mobiliers de la communauté. Ces scellés ne seront levés qu'en faisant inventaire avec prisée, et à la charge par le mari de représenter les choses inventoriées, ou de répondre de leur valeur comme gardien judiciaire. »

Cet article remis en vigueur par la loi du 27 juillet 1884 a été abrogé par la loi du 18 avril 1886 et remplacé par les dispositions de l'article 242.

« L'un ou l'autre des époux peut, dès la première or-
» donnance et sur l'autorisation du juge, donnée à charge
» d'en référer, prendre pour la garantie de ses droits, des
» mesures conservatoires, notamment requérir l'apposi-
» tion des scellés sur les biens de la communauté.

» Le même droit appartient à la femme même non
» commune, pour la conservation de ceux de ses biens
» dont le mari a l'administration ou la jouissance.

» Les scellés sont levés à la requête de la partie la plus
» diligente. Les objets et valeurs sont inventoriés et pri-
» sés ; l'époux qui est en possession en est constitué gar-
» dien judiciaire, à moins qu'il n'en soit décidé autre-
» ment. »

Outre l'article 242, les deux autres textes dont nous aurons à nous occuper dans ce chapitre, sont ainsi conçus :

Article 243 : « Toute obligation contractée par le mari à
» la charge de la communauté, toute aliénation par lui
» faite des immeubles qui en dépendent, postérieurement
» à la date de l'ordonnance dont il est fait mention en
» l'art. 235, sera déclarée nulle, s'il est prouvé d'ailleurs
» qu'elle a été faite ou contractée en fraude des droits de
» la femme. »

Article 252, § 5 : « Le jugement dûment transcrit re-
» monte, quant à ses effets entre époux, au jour de la
» demande. »

L'article 242 est tiré de l'article 270 ancien, et indique quelles mesures conservatoires peuvent être prises quant aux biens. Mais l'article 270 était incomplet. Il ne permettait pas à la femme non commune, de faire apposer les

scellés sur les biens qui lui appartiennent et dont le mari a l'administration et la jouissance. Le deuxième paragraphe de l'art. 242 vient combler cette lacune.

Le paragraphe 3 reproduit le dernier paragraphe de l'article 270 avec une légère différence; l'époux qui a en sa possession les objets mis sous scellés n'en est pas le gardien nécessaire, le tribunal peut en désigner un autre.

Aussitôt après la remise de la demande, dès que le juge a rendu une ordonnance invitant les époux à comparaître devant lui et sans attendre le résultat de cette tentative de conciliation, l'un ou l'autre des époux peut obtenir du juge l'autorisation de faire apposer les scellés sur les meubles et objets mobiliers communs ou de prendre toutes autres mesures conservatoires. Cette mesure est autorisée dans l'intérêt de la conservation des droits des époux et afin d'empêcher que l'un des deux, sous l'empire d'un sentiment de lucre ou de vengeance, ne fasse disparaître tout ou partie de l'actif de la communauté. C'est là une atteinte d'autant plus grave aux droits du chef de la famille que le procès est encore, si nous pouvons parler ainsi, à l'état embryonnaire, et qu'il ne s'engagera peut-être jamais; dans tous les cas, il faut bien reconnaître que l'exercice du droit accordé par notre article, ne sera pas de nature à faciliter un rapprochement entre les deux époux. Peut-être eût-il été plus sage d'attendre le résultat de la comparution prescrite par l'article 238, mais le législateur, placé entre les droits du mari et l'intérêt de la femme, plutôt que de compromettre celui-ci, a préféré autoriser une mesure énergique, mais après tout purement conservatoire. Coulon, *Man.-form.* 5e Edit. p. 159.

Le paragraphe 2 de l'article 242 tranche une contro-

verse qu'avaient fait naître les termes un peu obscurs de l'article 270. Désormais et sans conteste, la femme, quel que soit son régime matrimonial, pourra prendre avec la permission du juge, toutes mesures conservatoires de ses droits.

Du moment que la première ordonnance est rendue, le droit de demander l'autorisation de prendre les mesures conservatoires jugées utiles s'ouvre pour les époux.

L'autorisation doit être demandée au président par requête et accordée par ordonnance. Elle pourrait être sollicitée dans la requête originaire de divorce ou de séparation, étant bien entendu qu'il n'en peut être ainsi que si le président du tribunal compétent pour statuer sur la demande en divorce ou en séparation, l'est aussi pour statuer sur les mesures conservatoires, ce qui peut ne pas être. La compétence est d'ailleurs ici celle du droit commun. Rien ne s'opposerait non plus à ce que le président saisi d'une demande à fin d'autorisation de mesures provisoires, donnât cette autorisation dans l'ordonnance constatant la non-conciliation ou le défaut, ou encore dans l'ordonnance ajournant les parties. *Sic*. Depeiges, n° 81. *Contra*. Carpentier, p. 128, on ne saurait admettre, dit ce dernier, que cette faculté pût s'exercer de la sorte puisque notre disposition accorde un droit égal et réciproque aux deux époux et que le défendeur aux yeux de la loi ne peut connaître la demande dont il est l'objet que par la signification qui lui est faite de cette ordonnance. L'autorisation du président ne peut être donnée, le texte est formel, qu'à charge d'en référer. Le législateur a voulu ainsi permettre au juge et rien n'est plus sage, de revenir sur cette mesure si sa bonne foi a été surprise, si cette autorisation qui n'a pas été donnée contradictoirement lui

semble devoir être refusée après les explications de l'autre conjoint.

M. Depeiges, p. 55, critique cette disposition :

« Le texte dit que l'autorisation du juge est donnée *à la charge d'en référer*. Ces expressions manquent de clarté. La loi a-t-elle voulu dire que l'autorisation du juge serait essentiellement provisoire et qu'elle devrait être confirmée ou révoquée par le tribunal auquel il en serait référé? On pourrait peut-être le soutenir, car il semble que les mots « à la charge d'en référer » veulent dire « à la charge d'en rendre compte », et évidemment on ne peut rendre compte, dans la circonstance, qu'au juge du fond.

Mais cette explication ne serait pas satisfaisante, car le tribunal n'est pas juge d'appel de la décision purement gracieuse rendue par le président. Nous croyons qu'il faut entendre autrement cette disposition. Ni le juge ni les parties n'ont à demander au tribunal le maintien de l'ordonnance ; mais si, par la suite, un débat s'élève sur les mesures provisoires, si des difficultés surviennent, c'est le tribunal qui statuera sur le rapport du président qui avait donné l'autorisation. Par exemple, le mari, offrant des garanties équivalentes, demandera la mainlevée d'une saisie-arrêt faite par sa femme sur les revenus des biens communs; dans ce cas et les autres analogues, le président devra faire un rapport indiquant les raisons qui lui avaient fait admettre la nécessité des mesures par lui autorisées. Tel est sans doute le sens d'un membre de phrase dont l'utilité était peut-être contestable, et dont nous ne trouvons pas l'interprétation dans les documents parlementaires. »

MM. Vraye et Gode, t. II, p. 87, répondent à ces critiques et à notre avis avec raison :

« A supposer même que l'expression *à charge d'en référer* n'ait pas un sens propre et précis, reconnu dans la pratique, l'interprétation qu'en donne M. Depeiges ne serait pas satisfaisante ; elle tendrait à constituer le tribunal juge du second degré des ordonnances rendues sur requête par le président. L'erreur de cet auteur provient de ce qu'il applique au président l'expression « à charge d'en référer » tandis qu'elle ne s'applique qu'à l'époux qui a obtenu l'ordonnance. Ce n'est pas cette ordonnance qui peut être donnée à charge d'en référer. C'est l'autorisation qu'elle confère qui n'est accordée que sous la réserve d'en référer. L'expression dans sa forme abréviative signifie en réalité ceci : vous êtes autorisé à prendre telle ou telle mesure conservatoire, mais l'autorisation n'est ni définitive ni absolue, elle reste conditionnelle ; votre conjoint pourra la critiquer, s'il y a lieu, et dans ce cas il m'en sera référé.

C'est bien dans ce sens et avec cette portée que la même expression est employée dans les ordonnances qui autorisent à pratiquer une saisie-arrêt. Il arrive fréquemment que le débiteur saisi, usant de la faculté que lui réserve l'ordonnance, en réfère au président qui modifie ou rétracte sa décision. Cette pratique est consacrée par la Cour suprême et par les cours d'appel qui, maintes fois, ont eu à statuer sur la question de savoir si l'ordonnance pouvait être rétractée alors que la demande en validité de saisie-arrêt était déjà formée. C'est dans le même sens qu'il faut entendre la disposition de l'article 242 du Code civil. » *Sic*. Goirand, p. 226. Cass. 6 mars 1834. S. 34. 1. 152. Comp. Carpentier, p. 127. Curet, p. 134. Poulle, p. 216.

Antérieurement à la loi de 1886, la jurisprudence et la doctrine hésitaient sur la question de savoir si la seule

apposition des scellés était permise à la femme ou si elle pouvait demander au juge l'emploi d'autres mesures conservatoires; la difficulté n'existe plus aujourd'hui : l'article 242, dans sa rédaction modifiée permettant aux époux de prendre, sur autorisation « des mesures conservatoires pour la garantie de leurs droits, et notamment l'apposition des scellés. » Il suit bien de là que toutes mesures conservatoires peuvent être prescrites en fait. Si donc les intérêts de l'un ou de l'autre des époux sont suffisamment sauvegardés sans l'apposition des scellés, le juge refusera à bon droit d'autoriser cette mesure. En sens inverse, l'apposition des scellés pourra ne pas être suffisante pour assurer la garantie due aux droits de l'un des époux, l'article 242 autorise le juge à prescrire dans ce cas des mesures plus rigoureuses dont l'exécution atteindra ce résultat.

Nous allons examiner les différentes mesures conservatoires qui peuvent être prises en commençant par l'apposition des scellés.

L'article 242 Code civil trace des règles spéciales en ce qui concerne l'apposition des scellés. Le droit de provoquer cette mesure appartient au mari ou à la femme mariés sous le régime de la communauté de biens ; c'est ce qui résulte du premier paragraphe qui permet de requérir l'apposition des scellés « sur les biens de la communauté, » ce qui doit s'entendre aussi du cas où il y a société d'acquêt. Ces termes paraissent restrictifs et peut-être eût-il été préférable que la loi laissât une latitude plus grande. Il peut y avoir intérêt à placer sous scellés des effets et valeurs propres au mari ou à la femme parce que ceux-ci, loin d'être créanciers de la communauté, peuvent au contraire lui devoir des récompenses et que

d'ailleurs, si la communauté est insuffisante, les biens du mari sont affectés à la garantie des reprises de la femme. Aussi ne croyons-nous pas que les termes de la loi soient limitatifs, ils sont à notre avis purement énonciatifs, comme l'indique le mot « notamment » qu'elle emploie. Vraye et Gode, t. II, p. 89. Carpentier, p. 234. Curet, p. 134.

L'article 242 autorise toutes mesures conservatoires, notamment l'apposition des scellés sur les biens de la communauté. En indiquant l'apposition des scellés sur les biens communs, la loi n'a réglé que le cas le plus fréquent. Elle n'a pas voulu limiter le droit à l'apposition des scellés aux biens communs seulement. Outre que le texte nous autorise à adopter cette interprétation, l'esprit de la loi n'en admet pas d'autre. Si le Code permet toutes mesures conservatoires, fussent-elles même plus rigoureuses que l'apposition des scellés, sans distinguer entre les biens communs et les autres biens, il serait irrationnel qu'elle n'eût permis l'apposition des scellés que sur les biens de la communauté.

On pourrait critiquer notre solution par un argument *a contrario* tiré du rapprochement des paragraphes 1 et 2 de l'article 242. D'après le premier de ces paragraphes, l'apposition des scellés peut être requise sur les biens de la communauté, et aux termes du second paragraphe, le même droit appartient à la femme non commune pour la conservation de ceux de ses biens dont le mari a l'administration et la jouissance.

L'opposition qui existe entre ces deux paragraphes ne doit-elle pas faire décider qu'en principe c'est seulement sur les biens communs que les scellés peuvent être apposés ? nous ne le croyons pas. Dans le premier paragraphe

le législateur a reproduit les dispositions de l'ancien article 270 du Code civil, qui autorisait la femme seule à faire apposer les scellés sur les biens communs. Prenant parti dans la controverse qui s'est élevée sur l'interprétation de cet article, il a conféré le même droit au mari. Mais comme on avait contesté autrefois que la femme non commune eût la même faculté, il était utile d'exprimer que la femme même non commune pourrait solliciter cette mesure. De là le second paragraphe de l'article 242. Les travaux préparatoires ne semblent pas laisser de doute à ce sujet. Vraye et Gode, t. II, p. 91. Carpentier, p. 234. Curet, p. 134. V. Coulon, *op. citat.* t. II, art. 242.

Les scellés sont levés à la requête de la partie la plus diligente et ils ne sont levés qu'en faisant inventaire avec prisée, article 242, § 3.

Ce qui doit faire l'objet de l'inventaire, ce sont les effets mobiliers qui se trouvent sous scellés. Il semble en effet qu'on doive laisser en dehors des scellés, certains objets de première nécessité, ou d'affection, ou personnels et sans valeur, comme les lettres missives. Il faut en conclure que si, par inadvertance, de semblables objets avaient été compris dans cette première mesure, on pourrait, *a fortiori*, les laiser en dehors de l'inventaire. C'est ce qui a été jugé particulièrement pour les lettres missives. Toutefois, comme cette sélection pourrait devenir une occasion de fraude pour les époux, il appartient aux tribunaux de désigner des personnes chargées d'en surveiller l'exécution, notaire, juge de paix, etc. Carpentier, p. 129. Fuzier-Hermann, C. civ. annoté art. 270, nº 13 et suiv. Poulle, p. 217. Frémont, p. 394. Caen, 19 déc. 1865. Rouen, 23 mars 1864. Caen, 21 août 1884. Trib. Seine, 9 avril 1885. Paris, 3 août 1885. Paris, 2 mars 1886. Paris,

3 août 1886. Coulon. *Le div. et la sép.* t. III, art. 242.

L'inventaire pourrait être demandé de prime abord et substitué aux scellés. De même, si la mesure prise par la femme revêtait un caractère abusif et vexatoire, le mari pourrait, par la voie du référé, y faire apporter les tempéraments convenables, notamment en y faisant substituer la rédaction d'un inventaire. Poulle, p. 217. Frémont, p. 394.

Bien que l'article 242 prescrive un inventaire, il est évident que les époux ont le droit de demander d'accord la levée pure et simple des scellés sans inventaire, ni description.

L'époux, qui est en possession des objets mis sous scellés, en est, après la levée des scellés, constitué gardien judiciaire, « à moins qu'il n'en soit décidé autrement » art. 242, § 3. Il en résulte que le juge pourrait confier la garde des objets inventoriés à l'autre époux, à celui qui n'est pas en possession, ou même à un tiers ; il aurait même le droit d'ordonner la vente des objets mobiliers qui ne pourraient être conservés sans perte ou sans détérioration et d'en faire consigner le prix.

Cette disposition formelle de l'article 242 ne peut donner lieu à des difficultés, mais quelle est la juridiction compétente pour statuer sur la garde des objets inventoriés lors que le conjoint se refuse à les laisser aux mains de l'époux qui en avait précédemment la possession?

On ne saurait méconnaître qu'en principe le tribunal soit la juridiction compétente pour statuer sur toutes contestations. MM. Vraye et Gode, t. II, p. 95, croient cependant, et nous adoptons leur opinion, que dans le cas qui nous occupe, c'est au juge des référés qu'il appartient de décider, vu l'urgence, et aussi, par voie d'analogie, à raison des

pouvoirs qui lui sont conférés par les articles 943,§ 9 et 944 du Code de procédure.

Mais à qui les objets seront-ils confiés jusqu'au moment où une décision judiciaire interviendra ? On sait que les scellés doivent être levés au fur et à mesure de la confection de l'inventaire et qu'ils ne sont plus susceptibles d'être apposés lorsque l'inventaire est clos (art. 923 et 937 C. proc). S'ensuit-il que l'époux en possession des objets doive en rester provisoirement gardien jusqu'à la décision à intervenir ? Nous ne le pensons pas. Aux termes de l'article 943, 9° du Code de procédure, l'inventaire doit indiquer la remise des effets et papiers inventoriés entre les mains de la personne dont on est convenu ou qui, à défaut, est nommée par le président du tribunal. Par conséquent, s'il y a désaccord entre les époux, l'inventaire ne peut constater la remise ; il se borne à constater la difficulté et la nécessité d'en référer au président du tribunal. Il n'est donc pas clos en réalité ; les scellés devront par suite être réapposés ; le procès-verbal de scellés constatera la réapposition, le désaccord survenu entre les époux et la nécessité d'en référer.

Sur le référé, le président désignera le gardien et ordonnera la levée définitive des scellés qui aura lieu sur la réquisition de ce dernier. Vraye et Gode, t. II, p. 95.

Quant aux pouvoirs et aux obligations du gardien, ils ne nous paraissent guère avoir été modifiés par la loi, dit M. Carpentier, p. 129, malgré les termes évidemment plus stricts de l'article 242. Nous persistons donc à penser qu'au moins en ce qui concerne le mari, la constitution de gardien ne neutralisera pas entre ses mains les pouvoirs généraux d'aliénation qu'il tient de la loi. *Sic.* Baudry-Lacantinerie, n° 92. Aubry et Rau, t. V, p. 197. Frémont, p. 844.

Nous ne pouvons partager cette manière de voir et nous estimons au contraire, en présence des termes si formels de l'article 242 et quelle que soit d'ailleurs l'importance de la modification apportée aux pouvoirs du mari chef de la communauté, que l'époux, constitué gardien, doit, comme tout gardien judiciaire et par application de l'article 1962 représenter le mobilier en nature, qu'il ne peut l'aliéner, et qu'il en est ainsi même du mari, alors qu'il s'agit de meubles de la communauté. Toutefois, il est évident que l'aliénation faite devrait être maintenue, si l'acquéreur était de bonne foi, art. 1141. 2279 ; dans ce cas, l'époux n'aurait à répondre que de la valeur des objets aliénés. *Sic.* Curet, p. 135. Poulle, p. 219. Duranton, t. II, n° 613. Laurent, t. III, n° 265. Massol, p. 251. Demolombe, t. II, n° 464. V. Jurisprudence. Coulon, *op. citat.* t. III, art. 242. Depeiges, n° 83. Vraye et Gode, t. II, p. 96. Le fait par l'époux de détruire ou de détourner frauduleusement les effets dont la garde lui a été confiée, constituera le délit prévu par l'article 400, § 3 du Code pénal, et ce fait ne sera pas couvert par l'immunité de l'article 380 du même Code concernant les vols entre époux. Lyon, 10 mai 1865. Cass. 13 août 1869. V. Coulon, *op. citat.* t. III, art. 242. L'époux constitué gardien judiciaire, n'a droit en cette qualité, à aucun émolument ; il n'a que le droit de répéter les dépenses qu'il a pu faire. En effet s'agit-il de biens de la communauté, l'époux a dans le gestion qui lui a été confiée, un intérêt égal à celui de son conjoint. S'agit-il de biens de la femme dont le mari a l'administration et la jouissance : si c'est la femme à qui la garde en a été donnée, elle a géré sa propre chose ; si c'est le mari, il n'a fait que continuer la gestion qui lui appartenait.

D'autres mesures conservatoires pourraient être deman-

dées et ordonnées ainsi que nous l'avons déjà dit: ainsi les époux pourraient requérir la remise des deniers appartenant à la communauté à la Caisse des Dépôts et consignations. Poulle, p. 218. Goirand, p. 229. La femme pourrait être autorisée à toucher elle-même ses revenus propres jusqu'à concurrence de la somme allouée par le tribunal pour pension alimentaire et provision *ad litem*. Trib. Bruxelles, 23 mai 1868. *Belgique judiciaire*, 1868. 988. Elle pourrait être autorisée à toucher une partie de sa dot. Cass., 14 mai 1884. *Pandectes chronologiques*. *Sic*, Poulle, p. 219. Goirand, p. 229.

La femme pourrait-elle faire des saisies-arrêts entre les mains des débiteurs de son mari?

La question était controversée avant la loi de 1886.

Plusieurs arrêts se fondaient pour refuser à la femme le droit de frapper de saisies-arrêts les valeurs et revenus dépendant de la communauté, d'une part sur ce que l'introduction de l'instance en séparation de corps ou en divorce ne portait pas atteinte aux anciens articles 270 et suiv. du Code civil, énumérant les mesures provisoires qui peuvent être prises au cours de l'instance, les juges ne pouvaient recourir à d'autres mesures pour sauvegarder les droits de la femme. Paris. 29 niv. an XI. Caen. 29 mai 1849. Bordeaux 6. fév. 1850. Laurent. t. III, p. 308. Carpentier, p. 239. Vraye et Gode sur l'art. 270, p. 477. Mais la Cour de Cassation par arrêt du 14 mars 1855, avait jugé au contraire que la femme demanderesse en séparation de corps pouvait, en vertu de l'ordonnance du président, saisir-arrêter entre les mains des tiers les sommes dues à la communauté, et la Cour s'appuyait sur le motif que la disposition de l'article 869, Code de Procédure, qui autorise la demanderesse en séparation de biens à faire des actes

conservatoires, s'applique aussi bien à la séparation de corps qu'à la séparation de biens, et qu'elle comporte le droit de pratiquer des saisies-arrêts. *Sic*. Gand, 7. fév. 1851. V. Coulon, *Le div. et la sép.* t. III, art. 242. Carré et Chauveau, t. VI, quest. 2939 et supplément, p. 795. Aubry et Rau, t. V, p. 195 et 196. Demolombe, *du Mariage*, t. II, n° 465. Frémont, n° 820. Goirand, p. 166.

Les partisans de l'affirmative l'emportent définitivement à notre avis depuis le nouvel article 242 et aucun doute ne peut subsister en présence du texte même qui permet aux époux de prendre, sur autorisation, « des mesures conservatoires pour la garantie de leurs droits et notamment l'apposition des scellés. » *Sic*. Coulon, *Man. form.* 5° Edit. art. 242. Poulle, p. 220. Bordeaux, 8 janvier 1884. Paris, 31 mars 1886. Trib. Seine. 28 décembre 1886. Orléans, 22 juin 1888. Trib. Seine, 28 janvier 1889. Paris, 19 juin 1889. Cass. civ. 14 mai 1889. Cass. civ. 16 déc. 1889. Coulon, *op. citat.* t. III, p. 241 et suiv. Dijon, 12 févr. 1890.

Mais les tribunaux pourraient-ils nommer un séquestre chargé d'administrer au lieu et place du mari tous les biens de la communauté?

Pour résoudre cette question il importe d'abord d'examiner la situation légale du mari.

« Il faut d'abord se reporter à l'art. 1421, C. civ. : « Le mari administre seul les biens de la communauté. Il peut les vendre, aliéner et hypothéquer sans le concours de la femme ». Et les articles suivants consacrent ce droit absolu, en ne le limitant que d'une manière encore bienveillante en ce qui concerne les dispositions à titre gratuit des immeubles et des meubles. Les amendes encourues par le mari pour crime n'emportant pas mort civile peuvent se poursuivre sur les biens de la communauté, sauf récom-

pense, etc. etc. L'art. 1388 avait dit auparavant : « Les époux ne peuvent déroger aux droits qui appartiennent au mari comme chef ». Et aussi MM. Aubry et Rau n'hésitent-ils pas à placer en tête du § 509, t. V, p. 325, consacré à l'administration de la communauté, comme déclaration de principe, cette ancienne maxime : « Le mari est seigneur et maître de la communauté », comme encore vraie sous notre Code. Nous n'oublions pas que, lorsque Dumoulin et Pothier ont dit du mari : *constante matrimonio, solus actu dominus propter auctoritatem administrationis et alienandi potestatem,* ils n'ont peut-être pas entendu soutenir, comme on l'a prétendu plus tard, que le mari était seul propriétaire des biens de la communauté pendant sa durée, et que la femme n'était pas copropriétaire de ce fonds commun ; nous aussi, nous croyons que ce serait aller trop loin ; mais, incontestablement, s'il y a une copropriété des biens communs entre le mari et la femme, donnant lieu à un règlement à la fin de la communauté, pendant qu'elle existe, le mari a, seul et à l'exclusion de la femme et en dehors de toute immixtion et concours de celle-ci, le pouvoir absolu de disposer de la chose commune ; et, comme le dit Laurière sur la *Coutume de Paris,* commentaire sur le titre 10, art. 225 : « Si le mari est seigneur des meubles et des conquêts immeubles, il n'en est pas propriétaire, si ce n'est de la moitié seulement, et s'il peut vendre, aliéner, hypothéquer, ce n'est que parce qu'il en a la libre administration comme chef de la communauté ». Ainsi, si on ne s'accorde pas sur la base du droit d'absolue disposition des biens de la communauté par le mari, retenons que ce droit lui-même n'est pas contesté.

C'est à ce point de vue que nous croyons qu'il faut entendre cette maxime : « le mari est seigneur et maître

de la communauté », et pour les besoins de la thèse que nous soutenons, nous ne voudrions pas qu'on pût nous reprocher d'en étendre abusivement la portée. Mais, dans l'administration de cette propriété commune, les droits du mari sont aussi absolus et aussi généraux que possible. Et nous ajoutons avec MM. Aubry et Rau, *loc. cit.*, et avec le texte de notre art. 1421 : « En cette qualité, le mari n'a pas seulement la libre administration des biens communs; il peut, sans le concours de sa femme, les grever de servitudes ou d'hypothèques et les aliéner sous telles conditions qu'il lui plaît, même avec réserve d'usufruit à son profit, ou moyennant une rente viagère constituée sur sa tête seule, ou stipulée reversible en sa faveur. D'un autre côté, il ne doit aucune indemnité à la femme, lorsqu'il dissipe ou laisse dépérir ces biens. Pothier, édit. Bugnet, *Tr. de la communauté*, t. VII, p. 259, n. 470 ; Odier, *Tr. du contr. de mariage*, t. I, n. 214 ; Rodière et Pont, *Tr. du contr. de mariage*, 2e édit., t. II, n. 867. Troplong, *Du contr. de mariage*, t. II, n. 858 ; Zachariae, éd. Massé et Vergé, t. II, p. 89, § 642. Adde, Aubry et Rau, t. V, p. 326, § 509, texte et note 3 ; Laurent, *Princ. de dr. civ.*, t. XVII, n. 6 ; Guillouard, *Tr. du contr. de mariage*, t. II, n. 692 bis. La femme n'est pas admise à former opposition aux actes d'administration ou de disposition du mari. Elle n'a d'autre ressource, pour mettre ses intérêts à l'abri de la mauvaise gestion de ce dernier, que de provoquer la séparation de biens.

Voilà quelle est la situation légale du mari par rapport aux biens de la communauté, situation qui tient à la condition des époux, à la constitution de la famille, et dont les règles ont été considérées à ce point de vue comme d'ordre public. Guillouard, *op. cit.*, t. II, n. 695; Trib. de

Bruxelles, 11 juill. 1884, *Pasicrisie belge*, 1884. 3. 314. *Sic.* Rapport Féraud-Giraud, S. 1890. 1. 254.

Si nous n'avions qu'à faire l'application directe de ces principes, nous ne comprenons pas comment une dissidence pourrait s'élever, mais il faut rechercher si des modifications, des exceptions et des atténuations n'y auraient pas été apportées par la loi elle-même dans des circonstances données.

Pour ne pas donner à ces observations de trop grands développements, au lieu de parcourir le cercle de ces exceptions, cantonnons-nous dans le cas spécial qui nous occupe, puisqu'il a été directement prévu par la loi, et voyons dans quelle mesure elle a dérogé au principe que nous venons de constater.

A cet effet, il nous faut d'abord interroger l'ancienne disposition de l'art. 270, avant d'aborder l'art. 242, qui l'a remplacé en 1886, cette comparaison pouvant nous faire connaître la véritable portée de ce dernier article.

L'art. 270 portait : « La femme commune en biens, demanderesse ou défenderesse en divorce, pourra, en tout état de cause, à partir de l'ordonnance dont il est fait mention en l'art. 238, requérir, pour la conservation de ses droits, l'apposition des scellés sur les effets mobiliers de la communauté. Ces scellés ne seront levés qu'en faisant inventaire avec prisée, et à la charge, par le mari, de représenter les choses inventoriées ou de répondre de leur valeur comme gardien judiciaire ».

Il faut bien reconnaître que ce texte, aussi clair que possible, se borne à autoriser la femme à requérir les scellés sur les effets mobiliers de la communauté, à charge, lors de leur levée, de faire inventaire avec prisée et obligation du mari d'en répondre comme gardien judiciaire.

Nous voyons là des mesures autorisées pour la conservation des objets mobiliers, mais de ceux-là seuls, et des mesures qui, même à ce point de vue restreint ne dépouillent pas le mari, mais l'investissent à un nouveau titre, avec les conséquences judiciaires que ce titre entraîne, du droit de représenter ou tenir compte de ces objets, c'est-à-dire que, s'il détourne les objets dont il est constitué séquestre, il pourra être poursuivi par application de l'art. 400, C. pén. Cass. 13 août 1869, S. 1870. 1. 47. P. 1870-76. *Sic*. Rapp. Féraud-Giraud. S. 1890. 1. 254.

Des auteurs et des arrêts de cours d'appel ont voulu entendre cette disposition d'une manière plus large, et une controverse s'est élevée quant à ce, nous le reconnaissons ; mais, si nous admettons comme nous l'avons déjà dit plus haut qu'en dehors de ce cas déterminé, indiquant une mesure conservatoire spéciale, on puisse en appliquer d'autres, n'est-il pas certain que, lorsque, au lieu de recourir à des garanties plus ou moins assimilables à celle que prévoit l'art. 270, on en viole les dispositions, si, au lieu de garanties apportées à la régularité d'une administration, on fait disparaître complètement l'administrateur en lui substituant un tiers ?

Cette extension de l'application de l'art. 270, faite par la doctrine et la jurisprudence, elle a été sanctionnée disent ces auteurs et ces arrêts en 1886, et elle est devenue la loi depuis la promulgation de l'art. 242, qui, à ce moment, a remplacé l'art. 270. — Les partisans de l'opinion contraire pensent au contraire que ce nouvel article est l'argument le plus puissant qu'on puisse faire valoir contre leurs adversaires. Le texte de l'art. 270, disent-ils, indiquait exclusivement un moyen de constater l'actif mobilier et d'en rendre le mari responsable comme gardien judiciaire. On

avait voulu, sur cette base, fonder un droit absolu pour la femme de requérir toutes autres mesures provisoires. En l'état de cette lutte engagée, de cette difficulté prévue, et pour la régler, est promulgué le nouvel art. 242, qui ajoute : « L'un ou l'autre des époux peut, dès la première ordonnance et sur l'autorisation du juge donnée à la charge d'en référer, prendre pour la garantie de ses droits des mesures conservatoires, notamment requérir l'apposition des scellés sur les biens de la communauté. Le même droit appartient à la femme, même non commune, pour la conservation de ceux de ses biens dont le mari a l'administration ou la jouissance. Les scellés sont levés à la requête de la partie la plus diligente, les objets et les valeurs sont inventoriés et prisés, l'époux qui en est en posseesion en est constitué gardien judiciaire, à moins qu'il n'en soit décidé autrement. »

Si l'on se reporte à l'exposé des motifs pour l'intelligence de cette disposition, et aux débats législatifs, on ne trouve rien dans les débats ; voici ce que porte l'exposé des motifs, V. Coulon, *Le div. et la séparation de corps*, t. II, p. 219 et encore art. 242. « L'art. 9 (lisons 242), est tiré de l'art. 270 actuel, et indique quelles mesures conservatoires peuvent être prises quant aux biens. Mais l'art. 270 était incomplet ; il ne permettait pas à la femme commune ou non commune de faire apposer les scellés sur les biens qui lui appartiennent, et dont le mari a l'administration ou la jouissance ; le § 2 de l'art. 3 vient combler cette lacune. Le § 3 reproduit le dernier paragraphe de l'art. 270, avec une légère différence, l'époux qui a, en sa possession, les *objets mis sous scellés*, n'en est pas le gardien nécessaire, le tribunal peut en désigner un autre ». De ce texte et de ces explications il résulte : 1° que

ces dispositions s'appliquent à l'avenir à la femme commune ou non, à la conservation des biens dont le mari a la jouissance, qu'ils soient communs ou non ; 2° que le tribunal, pour les *biens inventoriés*, peut constituer un autre gardien que celui qui les détient ; 3° que, dans le choix des garanties, on n'est pas astreint à l'apposition des scellés suivie d'inventaire exclusivement, le moyen n'étant indiqué que sous cette sorte de réserve *notamment*.

Soit ; mais est-il possible d'en conclure que, pour garantir la bonne administration du mari, il sera permis de le destituer complètement de toutes les parties de l'administration ? Le droit de prescrire des mesures conservatoires pour assurer la bonne gestion d'objets susceptibles d'être prisés et inventoriés dépendant de son administration, peut-il consister à supprimer entièrement cette administration, et n'implique-t-il pas, au contraire, le maintien préalable d'une administration qu'il n'est permis que de limiter, surveiller, réglementer ? Mais, si on avait voulu aller jusque-là, en l'état des débats existants, c'était bien le cas de le dire ; et le texte comme les motifs prouvent que cela n'a pas été dit et qu'on n'a pas voulu le dire.

Et pas d'équivoque possible sur cette disposition finale, qui autorise à nommer un gardien judiciaire au choix du tribunal. Les partisans du premier système disent que le nouvel article permet ainsi d'enlever les objets à la garde du mari. Il ne faut pas en conclure que cet article, par là, aurait autorisé les tribunaux à choisir un tiers pour administrer la communauté conjugale. Il s'agit d'objets mobiliers qui, au moment de l'instance en divorce, peuvent être en possession du mari, comme de la femme commune ou non commune ; et, pour assurer leur conservation en vue des réclamations à venir, le législateur autorise l'in-

téressé à requérir l'apposition des scellés et l'inventaire, et quant à la garde de ces objets mobiliers à ce moment, la loi dit : « L'époux qui en est en possession en est constitué gardien judiciaire, à moins qu'il n'en soit décidé autrement. » On pourvoit ainsi à la garde de certains objets en quelque main qu'ils se trouvent, du mari ou de la femme. Mais on n'a pas entendu toucher aux droits du mari comme chef de la communauté, du moins dans son principe, et abolir d'une manière absolue ce droit.

Que l'art. 242, dont il est question, ait eu en vue principalement les mesures propres à la constatation et à la conservation des objets et valeurs meubles, c'est ce qu'indique suffisamment l'article suivant, 243, qui n'est que la reproduction littérale de l'ancien art. 271 : « Toute obligation contractée par le mari à la charge de la communauté, toute aliénation par lui faite des immeubles qui en dépendent, postérieurement à la date de l'ordonnance dont il est fait mention en l'art. 235, sera déclarée nulle, s'il est prouvé, d'ailleurs, qu'elle ait été faite ou contractée en fraude des droits de la femme. » N'est-ce pas là l'affirmation la plus manifeste du droit du mari, chef de la communauté d'après l'art. 1421, C. civ., pouvant vendre, aliéner et hypothéquer les biens de la communauté sans le concours de sa femme ? Ce droit, il le conserve, d'après l'art. 243, même pendant l'instance en divorce, à la condition que son acte ne sera pas frauduleux. *Sic.* Rapp. Féraud-Giraud, S. 1890. 1. 254.

Lors de la discussion de la loi du 18 avril 1886, voir Coulon, *op. citat.* t. II, article 243, MM. de Gavardie et Bozerian avaient demandé que les mots *en fraude des droits de la femme*, fussent remplacés par ceux-ci : *au préjudice des droits de la femme.* M. E. Labiche a combattu

cet amendement, en faisant remarquer que son adoption aurait pour « résultat de mettre le mari hors du droit commun, et de lui interdire en fait, pendant toute la durée de l'instance, une infinité d'opérations qui sont absolument régulières et légales... Le préjudice ne suffit pas pour constituer la fraude, il faut l'intention de nuire à la femme, et le plus souvent, probablement l'intention d'attribuer à ses dépens un bénéfice au mari. »

Ainsi, en consacrant de nouveau l'art. 243, on a indiqué formellement qu'on ne voulait pas d'une suspension pouvant mettre le mari dans l'embarras pour la gestion de la communauté ; on a voulu, quoi qu'il en fût, qu'il restât libre et dans le droit commun. Serait-ce se conformer à la volonté du législateur que de le mettre complètement hors du droit commun en le frappant d'interdiction?

A côté de ces textes et des éclaircissements qu'ils portent en eux et reçoivent du dehors, si l'on se place en présence de la situation de fait qui serait créée par l'application de semblables principes, il est impossible de ne pas se dire : « Comment, M. X... sera administrateur de la communauté existant entre les époux Z..., il la gérera et administrera jusqu'à fin d'instance ou de liquidation, il se mettra en possession de tout l'actif et en recherchera par toutes les voies de droit, la consistance ! Voyez-vous M. X..., seigneur et maître de la communauté de biens Z..., constituant l'actif de cette communauté plaidant à cet effet avec les tiers, avec le mari, maître légal de cette communauté, et au besoin avec sa femme ! Il est difficile de croire que des juges puissent prendre un semblable parti, simplement à l'abri des raisons invoquées jusqu'à ce jour, à l'appui d'un tel système. »

Faut-il s'expliquer sur les arrêts qui semblent admet-

tre cette théorie. — Le premier est un arrêt de Metz, du 23 juin 1819 ; il déclare que les juges peuvent contraindre le mari à verser à la caisse des consignations les deniers qu'il perçoit. Nous avons déjà dit *supra* que nous pensions que cette mesure pouvait être ordonnée. C'est une gêne pour l'administration du mari, mais ce n'est pas une déchéance absolue. — Voici la seule observation que nous ferons sur l'arrêt de Douai, du 6 avril 1853 S. 1855. 2. 714. — P. 1855. 2. 71 ; il peut être invoqué dans les deux sens. Le tribunal de première instance avait admis la thèse à laquelle nous nous opposons ; l'arrêt fait un compromis : il admet que « pour assurer le payement de la provision *ad litem* et de la pension pendant le procès », on pourra charger un tiers de percevoir les revenus de la communauté, mais à charge de verser le surplus entre les mains du mari. — L'arrêt de la Chambre des requêtes du 14 mars 1885, S. 1885. 1. 335. — P. 1885. 1. 297 déclare que, pour la sauvegarde de ses droits, la femme peut faire une saisie-arrêt entre les mains des acquéreurs des biens vendus par le mari. Nous ne soutenons nullement que ce droit ne lui appartienne pas, et que les mesures conservatoires ne puissent s'étendre jusque-là ; nous soutenons qu'on ne peut aller jusqu'à substituer un administrateur au mari dans l'administration de la communauté. Le 26 juin 1866, un arrêt de la Chambre des requêtes au rapport de M. Voirhaye, S. 1866. 1. 334. — P. 1866. 900, disait : « que la qualité d'administrateur que le mari tient de l'article 1428 cesse ou se trouve du moins suspendue ou entravée à partir de l'ordonnance. »

Il faut remarquer que l'art. 1428, qui confie au mari l'administration des biens propres de la femme, est si peu attentatoire aux droits que la loi attribue au chef de la

communauté, qu'aux termes de l'art. 1536, la femme peut conserver en la stipulant, l'entière administration de ses biens meubles et immeubles, ce qui est donc un tout autre cas que celui que nous examinons. Et, en deuxième lieu, il s'agissait dans l'espèce d'actes accomplis par le mari, que la femme attaquait comme frauduleux après la dissolution du mariage, et, à ce point de vue, on a pu caractériser comme on l'a fait, d'une manière d'ailleurs incertaine, l'autorité du mari agissant à raison des propres de la femme pendant cette période, au point de vue de sa bonne foi.

Certains auteurs sont cités comme favorables à la thèse que nous critiquons ; d'autres sont contraires. MM. Aubry et Rau sont cités pour et contre. Voici le passage, t. V, p. 197, § 493, texte et note 35 : « Le pouvoir d'autoriser des mesures conservatoires destinées à garantir les intérêts de la femme commune n'emporte pas pour le tribunal la faculté d'ordonner l'établissement d'un séquestre sur les biens de la communauté ou sur ceux de la femme, dans le but d'assurer le payement de ses droits et reprises. Comp., Amiens, 4 prair. an 12 ; Liège, 13 janv. 1809 ; Angers, 27 août 1817. Laurent, t. III, p. 307, n. 268 ; Massé et Vergé, sur Zachariae, t. I, p. 263, § 143, note 13 ; Allemand, *Tr. de mariage*, t. II, p. 806, n. 1423 ; Frémont, *Tr. de divorce*, n. 814 ; Carpentier, *Du divorce*, p. 239, n. 261 ; Pont, *Petits contrats*, t. I, p. 256, n. 560 ; Paris, 4 mai 1825 ; Caen, 29 mai 1849, S. 1849. 2. 692. — P. 1850. 2. 298 ; Bordeaux, 6 févr. 1850, S. 1850. 2. 336. — P. 1850. 2. 116 ; Paris, 8 avril 1869, S. 1869. 2. 205. — P. 1869, 958 ; Paris, 2 mars 1886, S. 1886. 2. 161. — P. 1886. 1. 963. Voir ces arrêts et d'autres dans Coulon, *Le div. et la sép.* t. III, art. 242.

Paris, 1re Ch. 6 août 1889. Paris, 1re Ch. 17 janvier 1889. Cass. 26 mars 1889. *Contra.* Trib. Seine, 27 juin 1888. Trib. Seine, 29 janvier 1889. Trib. Seine, 7 août 1890. Coulon, *Man.-form.* 5e Edit. p. 620. Poulle, p. 220. Vraye et Gode. t. II, p. 88. Duranton, t. II, n. 613. Laurent, III, n. 265. Massol, p. 251. Demolombe, t. II. n. 464. Comp. Carpentier, L. 1886, n° 98, p. 132. V. Fuzier-Hermann, art. 271, nos 6, 8 et suiv. Il pourrait seulement, suivant les cas, charger un tiers de percevoir les revenus de ces biens, jusqu'à concurrence de la somme nécessaire pour le payement des provisions alimentaire ou *ad litem* allouées à la femme, ce qui est conforme à la jurisprudence que nous venons de citer. — D'ailleurs, tous ceux qui soutiennent qu'un séquestre judiciaire pourrait être nommé pour conserver en dépôt à titre de tiers gardien des valeurs désignées par justice, ne peuvent être considérés comme admettant qu'un administrateur peut être nommé en remplacement du mari pour gérer et administrer la communauté et en reconstituer l'actif. *Sic.* Rapp. Féraud-Giraud, S. 1.890. 1er 254. On peut encore ajouter à toutes les raisons déjà données en faveur de notre système que l'article 1961 du Code civil énumère limitativement les cas dans lesquels il y a lieu à séquestre et on ne parle pas de la séparation de corps ni du divorce, qui ne peuvent rentrer dans l'énumération de ce texte qui est ainsi conçu : « La justice peut ordonner le séquestre : 1° des meubles saisis sur un débiteur ; 2° d'un immeuble ou d'une chose mobilière dont la propriété ou la possession est litigieuse entre deux ou plusieurs personnes; 3° des choses qu'un débiteur offre pour sa libération. »

Il faut observer que le premier et le deuxième paragraphe de cet article sont de toute évidence inapplicables à

l'instance en séparation de corps ou en divorce et qu'il faut décider de même du second paragraphe, puisque la propriété ou la possession des effets dépendant de la communauté n'est en aucune façon l'objet du litige existant entre le mari et la femme, et que la question de savoir, quel sera, pendant l'instance, le mode d'administration des biens de la communauté ne s'élève que d'une manière incidente.

A ce dernier argument, nos adversaires répondent sans nous convaincre en disant, d'une part, que l'opinion la plus généralement adoptée sur l'interprétation de cet article est que l'énumération qu'il contient n'est pas limitative et que les juges peuvent ordonner le séquestre en dehors du cas qu'il prévoit. D'autre part, que même si on admettait que l'énumération de l'article 1961 est limitative, il n'en résulterait pas l'impossibilité pour les juges de nommer un séquestre chargé de l'administration des biens de la communauté pendant l'instance en divorce ou en séparation de corps, puisque les tribunaux peuvent ordonner le séquestre d'un immeuble ou d'une chose immobilière dont la propriété ou la possession est litigieuse entre deux ou plusieurs personnes et que notre espèce rentre certainement dans les termes élastiques de cet article, la femme ayant un droit éventuel sur les biens de la communauté. Demolombe, t. II, p. 575. Massol, p. 248.

Une dernière question reste à examiner.

Quels sont les droits du tiers, des créanciers de la communauté en présence de ces mesures conservatoires prises par l'un des époux sur les biens de la communauté ?

Et d'abord, en ce qui concerne les créanciers de la communauté, il a été jugé que « l'apposition des scellés, » faite sur les biens de la communauté à la requête de la

» femme, n'empêche pas les créanciers munis d'un titre » exécutoire d'obtenir la mainlevée de ces scellés pour » procéder à la saisie des meubles, sans qu'ils soient obli- » gés de faire inventaire, cette obligation n'étant imposée » qu'au mari. » Rennes, 8 août 1810. Toullier, t. II, n. 776. Duranton, t. II, n. 613. Massol, p. 164.

Mais, si les mesures conservatoires provoquées par l'un des époux, et particulièrement par la femme, n'empêchent pas les créanciers de pratiquer une saisie, ce n'est pas à dire que leur droit primera celui de la femme. Lors de la dissolution de la communauté, la femme viendra alors en concurrence avec les créanciers.

Par cette solution, nous adoptons le système de la Cour de cassation, qui, dans un arrêt solennel (lequel fixe définitivement la jurisprudence sur ce point), a déclaré que c'était en qualité de créancier et non de propriétaire que la femme exercerait ses reprises. Cass. 1er décembre 1858. Cass. 15 mars 1859. Cass. 23 août 1859. Goirand, p. 233.

Nous arrivons à l'article 243, (ancien article 271) dont l'étude ne nous retiendra pas longtemps. Il ne contient en effet, à proprement parler, qu'une extension spéciale et nécessaire à la matière du divorce et de la séparation de corps du principe contenu dans l'article 1167. La femme a le droit de faire annuler toutes obligations contractées par le mari, à la charge de la communauté ou toute aliénation par lui faite des immeubles qui en dépendent, postérieurement à l'ordonnance rendue conformément à l'article 235, si elle parvient à prouver qu'elles ont été passées en fraude de ses droits. Les travaux préparatoires démontrent surabondamment ce que nous venons de dire, l'article 271 aujourd'hui 243, n'a été introduit en effet que pour remplacer une disposition qui ne tendait à rien

moins qu'à frapper d'une nullité absolue et de plein droit les dettes contractées par le mari à la charge de la communauté, postérieurement à la demande en divorce, ou toutes les aliénations d'immeubles par lui consenties. Cette disposition était d'ailleurs indispensable, dans le silence du Code on n'aurait pu y suppléer ; elle est en effet tout à fait restrictive des pouvoirs du mari comme chef de la communauté, et par le fait même de ces pouvoirs les deux époux ne sont pas dans les rapports ordinaires de créancier à débiteur. Il faut donc en conclure, de suite, qu'elle doit être interprétée restrictivement, soit par rapport aux actes qu'elle vise, soit par rapport au délai qu'elle détermine. Coulon, *Man. form.* 5e Edit. art. 243. Carpentier, p. 239. Curet, p. 138. Depeiges, p. 57. Vraye et Gode, p. 137. Poulle, p. 220.

Que faut-il entendre par ces mots « en fraude des droits de la femme » ? Pour que l'opération faite par le mari soit annulable, faut-il le double élément exigé pour l'exercice de l'action paulienne, l'intention de nuire et le préjudice, ou suffira-t-il, au contraire, que l'opération soit préjudiciable à la communauté ?

A cet égard, les travaux préparatoires de la loi du 18 avril 1886 ne laissent aucun doute. Pour que l'acte puisse être annulé, il faut l'intention de nuire et le préjudice. « Le mot *fraude*, — disait le rapporteur de la loi, au Sénat —, rend parfaitement l'intention de la commission. Il peut arriver, en effet, que de certaines opérations, faites de très bonne foi et dans l'intérêt de la communauté, il résulte un préjudice ; dans ce cas, il n'y a pas lieu d'annuler ces opérations, car s'il y a préjudice, il n'y a pas fraude. » Et plus loin : « La commission estime qu'il suffit, pour sauvegarder les droits de la femme, de dire que

toutes les opérations prévues par notre article pourront être déclarées nulles, quand elles auront eu lieu en fraude des droits de la femme. Le préjudice ne suffit pas à constituer la fraude, il faut l'intention de nuire à la femme et le plus souvent d'attribuer à ses dépens un bénéfice au mari... Je me résume : la disposition de notre article 243 veut dire que, pour annuler les opérations faites par le mari, il ne suffit pas que les opérations constituent un préjudice pour la communauté ; il est de plus nécessaire que ces opérations soient faites en fraude des droits de la femme. La fraude implique la mauvaise foi, la mauvaise intention. » Coulon, *Le div. et la sép.* t. II, art. 243.

Il nous reste à examiner quel sera le sort des obligations ou aliénations consenties par le mari en violation de ces articles et en fraude des droits de la femme. Il faut distinguer tout d'abord s'il s'agit d'aliénation à titre gratuit ou à titre onéreux ; dans le premier cas on doit présumer la fraude, dans le second, la fraude ne doit pas être présumée, mais les tribunaux apprécient souverainement les éléments qui la constituent et, parmi ces derniers, il faut placer au premier rang la connaissance qu'avait l'acquéreur de la demande en divorce. Ceci dit, il ne reste plus qu'à faire application à notre article des principes de l'action paulienne conformément aux règles adoptées par la doctrine et la jurisprudence pour l'interprétation de l'article 1167, Code civil, qui a reproduit dans notre droit le principe de cette action et auquel font allusion les derniers mots de notre article : « s'il est prouvé qu'elle ait été faite ou contractée en fraude des droits de la femme. »

Il résulte de cet exposé sommaire que l'aliénation sera annulable si elle est entachée de fraude et si l'acquéreur était de mauvaise foi ; elle sera régulière et valable si elle

n'est pas entachée de fraude ou si l'acquéreur est de bonne foi.

L'action paulienne née de l'art. 243 est purement personnelle. La nullité qu'elle tend à faire prononcer n'est que relative, en ce sens que le contrat annulé n'en subsiste pas moins dans les rapports des parties contractantes.

L'action paulienne protège la femme non seulement contre les aliénations faites directement, telles que les ventes, mais encore contre les aliénations indirectes que le mari pourrait faire en contractant des obligations à la charge de la communauté. Quant aux aliénations à titre gratuit, la femme n'aurait pas besoin, en général, d'exercer l'action paulienne pour les faire révoquer, puisque le mari ne peut disposer à ce titre des immeubles de la communauté. Mais il y aurait lieu de recourir à l'art. 1167 dans le cas exceptionnel où le mari peut faire don des immeubles de la communauté ; en d'autres termes, l'action en nullité ferait place à l'action paulienne si le mari avait fraudé la communauté sous le prétexte d'établir l'enfant commun.

La restitution dans le cas de nullité prononcée, ne comprend pas seulement la chose principale, mais encore les revenus, lorsque le tiers contre lequel cette nullité est prononcée a contracté de mauvaise foi, articles 549 et 550 du Code civil. Au contraire, s'il y a bonne foi, les revenus sont acquis au débiteur, jusqu'au moment où la fraude lui est révélée. Par les mêmes raisons, les intérêts de l'obligation contractée par le mari et annulée sont dus au créancier de bonne foi jusqu'au jour où il a connaissance de la fraude.

L'article 243 ne parle que des actes faits par le mari postérieurement à la date de l'ordonnance dont il est fait

mention en l'article 235, c'est-à-dire de l'ordonnance rendue par le président sur la requête en divorce.

Est-ce à dire que les actes antérieurs à cette ordonnance ne pourraient pas être attaqués, s'ils avaient été faits en fraude des droits de la femme? Non, certes; ces actes pourraient, comme ceux postérieurs à l'ordonnance, être annulés par application de l'article 1167. Sans doute, le mari est maître et seigneur de la communauté; il peut la dilapider, la ruiner, sans que la femme soit en droit de lui demander compte de ses actes; mais, quelque étendus que soient les pouvoirs confiés au mari, il doit les exercer sans fraude. Si le préjudice, en raison du pouvoir absolu dont jouit le mari, ne suffit pas pour donner à la femme une action en indemnité, c'est à la condition qu'à ce préjudice ne vienne pas s'ajouter la fraude.

Par quel délai se prescrit l'action donnée à la femme par l'article 243?

Faut-il appliquer l'article 1304 du Code civil?

Est-ce au contraire dans l'article 2262 du même Code qu'il faut chercher la solution?

L'article 1304 n'a rien à faire ici et c'est bien à tort qu'on l'a quelquefois invoqué pour repousser l'action paulienne exercée en vertu de l'article 1167. En effet, l'article 1304 est relatif aux demandes en nullité ou en rescision de conventions, ce qui suppose une partie contractante attaquant le contrat, tandis que l'article 243 suppose un tiers excipant de la fraude et demandant la révocation du contrat, hypothèse bien différente, si différente même, que le contrat dont la femme aurait obtenu la révocation n'en subsisterait pas moins entre le tiers contractant et son mari. C'est donc au mari seul, poursuivant la nullité ou la rescision du contrat que l'article 1304 serait opposa-

ble ; quant à la femme, elle n'exerce pas les droits du mari en vertu de l'article 1166, elle agit en son propre nom en vertu de l'article 243 ; on ne peut donc lui opposer la prescription de dix ans. Il en est ainsi qu'elle agisse par voie d'action révocatoire ou par voie de demande en déclaration de simulation. Dans cette dernière demande, il est vrai, la femme réclame la nullité de l'acte simulé, mais ce n'est pas encore de cette nullité que s'occupe l'article 1304. Cet article s'applique à l'hypothèse de la demande en nullité d'un contrat, tandis que l'action en simulation tend à la nullité d'un acte fictif.

C'est, par conséquent, l'article 2262 C. civ. qui est applicable ; l'action née de l'article 243 dure donc trente ans. Vraye et Gode, t. II, p. 152. Aubry et Rau, t. III, p. 97. Massé et Vergé, t. V, p. 445. Larombière, t. I, sur l'art. 1167, n° 54. *Contra*, Demolombe, t. II, n° 242. Demante et Colmet, t. V, n° 82 bis.

Nous ne nous étendrons pas davantage sur ce sujet qui nous ferait sortir du cadre spécial de cet ouvrage. Nous renvoyons pour la doctrine sur l'exercice de l'action paulienne à Demolombe, t. IV, n° 462, Laurent, t. III, n°s 252 et 253, Aubry et Rau, t. V, p. 204, § 494, Larombière, t. I, sur l'article 1167 et pour la jurisprudence sur le même objet, à Dalloz, Code civil annoté, art. 1167 et à notre troisième volume pour la jurisprudence spéciale à l'article 243. Coulon, *op. citat.* t. III, art. 243.

En terminant, nous croyons cependant devoir encore indiquer, qu'il n'y a pas de distinction à faire entre les meubles et les immeubles. Quant à l'aliénation consentie par la femme des biens de la communauté, il n'y aurait pas lieu de distinguer si elle est frauduleuse ou non, elle doit toujours être annulée sauf l'exception pouvant résulter en

faveur de l'acquéreur des articles 2279 et 2280 du Code civil. Coulon, *Man. form.* 5e Edit. p. 170. *Sic*, Carpentier, p. 133. Vraye et Gode, t. II, p. 151. Curet, p. 141. Depeiges, n° 84. Poulle, p. 220.

§ 8. *Voies de recours contre les ordonnances, les jugements, les arrêts.*

A. De l'opposition.

L'opposition est la voie de recours réservée aux parties qui ont fait défaut. C'est le droit de revenir devant les mêmes juges pour fournir les explications qu'on n'a pu donner lors de la première instance et leur demander de rétracter leur premier jugement. Aussi dit-on que l'opposition est une voie de rétractation.

Avant la loi de 1886, la question de savoir si l'on pouvait former opposition aux jugements par défaut était controversée. Dans un premier système on refusait au défendeur le droit de former opposition aux jugements, mais on le lui reconnaissait s'il s'agissait d'un arrêt en raison des termes formels de l'ancien article 265. Pour justifier cette doctrine contraire au droit commun on disait :

1° Le Code civil, qui trace la procédure spéciale au divorce, est muet sur les formes et les délais d'opposition, alors qu'il a pris soin de déterminer les formes et les délais pour interjeter appel et se pourvoir en cassation ; 2° l'art. 263 fait courir les délais d'appel du jour de la signification du jugement par défaut, au lieu de les faire courir du jour de l'expiration du délai pour faire opposition, ce qui démontre que le législateur n'a pas admis la possibilité de cette opposition ; 3° l'art. 265 prévoit l'oppo-

sition à un arrêt par défaut et fixe les délais dans lesquels elle doit être faite; rien de semblable en ce qui concerne les jugements de première instance; or, *qui dixit de uno negat de altero ;* 4° la nouvelle loi des 19-27 juillet 1884 modifie l'article 263. Ceci prouve, d'une part, que le Code de procédure n'est pas applicable à la matière du divorce, puisque le législateur de 1884 a cru nécessaire de modifier les délais pour les mettre d'accord avec ceux impartis par le droit commun, modification inutile si le droit commun était applicable à cette matière spéciale. Ce qui prouve encore, d'autre part, que l'opposition n'est pas possible, puisque le législateur de 1884 n'a pas modifié, sur ce point, l'art. 263 du C. civ. On ne peut dire cependant de lui ce qu'on dit des rédacteurs du Code civil, qu'il n'a pas prévu la faculté d'opposition dans les matières susceptibles de deux degrés de juridiction, parce que le droit commun ne la permettait que pour les jugements en dernier ressort.

Pour l'opinion contraire que nous avions adoptée dans la troisième édition de notre *Manuel Formulaire*, p. 116, nous répondions :

1° Si le Code civil est muet sur l'opposition aux jugements par défaut, c'est parce qu'au moment où le titre VI, liv. II, a été promulgué, la procédure de droit commun était réglée par l'ordonnance d'avril 1667, laquelle n'admettait pas l'opposition aux jugements en premier ressort et ne reconnaissait pour les décisions de cette nature que l'appel, comme premier mode de réformation. Les jugements en matière de divorce étant toujours en premier ressort, le législateur n'a pas prévu la possibilité d'une opposition niée par l'ordonnance de 1667 et reconnue seulement depuis par le Code de procédure civile promulgué

trois ans après le titre du divorce. Mais pour que l'opposition, qui est de droit commun en vertu d'une loi générale postérieure à la loi spéciale au divorce, ne s'applique pas à cette matière, il faudrait que nos adversaires établissent que la loi spéciale *défend* ce mode de recours, ou que celui-ci est incompatible avec la procédure en divorce. Or, ils n'en font rien et se contentent de dire que le titre du divorce n'en parle pas. D'accord, mais nous venons de dire pourquoi ; 2° le législateur de 1803 n'a pas créé, dans la matière du divorce, l'appel comme mode de réformation du jugement par défaut, en rédigeant l'article 263 il n'a fait que se conformer au droit commun de l'époque, quant aux voies de recours contre les jugements en premier ressort, en modifiant toutefois le délai excessif de dix ans accordé pour l'appel des jugements de défaut; c'est ce qui explique pourquoi il parle de ces jugements et on ne saurait, sans méconnaître l'historique de la confection du titre du divorce et la procédure en vigueur lors de son élaboration, induire de l'article 263 que le législateur a voulu, par l'insertion de ces mots « *ou par défaut* », *interdire la voie de l'opposition* qu'il ne prévoyait pas. C'est cependant cette interdiction qu'il faut établir pour écarter le droit commun postérieur. Le tribun Albisson a si bien compris que les rédacteurs de l'article 263 n'avaient entendu, en le rédigeant, que réagir contre la longueur des délais qu'il dit, à la séance du 17 avril 1806, à la fin de son rapport au Corps législatif sur le livre III du Code de procédure : « Je ne dois pas finir sans observer deux exceptions faites par le Code civil en matière de divorce, *à la durée des délais de l'appel* en matière ordinaire. Elles sont marquées dans les articles 263 et 291, etc. » Puisqu'il faisait allusion à ces deux articles, s'il

avait vu là autre chose qu'une abréviation des délais d'appel et s'il y avait vu notamment une interdiction de toute autre voie de recours il n'aurait pas manqué de la signaler ; 3° il est constant que la procédure devant le tribunal en matière de divorce est établie de telle sorte, que la longue durée de l'instance doit amener une réconciliation si elle est encore possible. Quand le jugement est rendu, tout espoir de rapprochement est à peu près perdu ; aussi la procédure d'appel est plus simple et l'art. 262 invite les magistrats à instruire les instances en divorce comme affaires urgentes. Or, l'art. 265 suppose la possibilité de l'opposition pour les arrêts par défaut ; *a fortiori* le législateur aurait-il admis ce mode de réformation pour les jugements de même nature, s'il n'avait craint de déroger à une règle générale établie par l'ordonnance d'avril 1667 ; 4° c'est un principe de notre droit qu'une partie peut toujours se défendre contre une décision rendue en arrière d'elle et que cette faculté lui appartient toutes les fois qu'une loi spéciale ne contient pas de dispositions contraires. Ce droit si légitime et si respectable ne peut, à notre avis, être annulé tacitement ; il ne faudrait rien moins qu'un texte formel pour en supprimer l'usage. Merlin déclare même que la faculté d'opposition est de droit naturel et elle lui paraît tellement inviolable qu'il va jusqu'à contester à une loi le droit d'y déroger ; 5° il est vrai que le législateur de 1884 a modifié l'art. 263, mais cela ne prouve pas qu'il a cru que le droit commun n'était pas, en principe, applicable à la matière du divorce. Cela indique uniquement qu'il a pensé, et il a eu raison de le penser, que sur ce point spécial le droit commun, c'est-à-dire le Code de procédure, ne devait pas recevoir son application, et la raison en est simple : les lois générales ne s'ap-

pliquent pas aux lois spéciales quand les dispositions de l'une et de l'autre sont en contradiction ; dans ce cas c'est le texte de la matière spéciale qui fait la loi. Dans l'espèce la loi générale dit : « Le délai pour appeler est de deux mois » ; la loi spéciale dit : « Le délai pour appeler est de trois mois » ; c'est ce dernier délai qui doit être observé.

Mais cette explication donnée on voit qu'il n'est pas entré dans l'esprit des auteurs de la loi de 1884 que le Code de procédure ne pouvait s'appliquer, sur aucun point à la procédure du divorce. Quant à l'argument qui consiste à dire que le Parlement de 1884 savait que l'opposition existait de droit commun et qu'elle était contestée en matière de divorce, et que s'il n'a pas modifié sur ce point l'article 263, c'est qu'il avait bien l'intention d'interdire la faculté d'opposition. Il suffit pour le réfuter de renvoyer aux débats parlementaires, on s'assurera qu'il n'a pas été dit un mot de ceci, et que les auteurs de la loi de 1884 ne se sont occupés que de mettre les délais en harmonie avec ceux du droit commun. Ce qui pourrait servir d'argument pour établir que, dans la mesure du possible, ils ont entendu faire de la procédure spéciale au divorce une procédure de droit commun.

L'article 247 de la nouvelle loi de 1886 a fait cesser cette controverse en tranchant la question dans le sens que nous avions toujours indiqué et en déclarant qu'il y avait lieu de s'en rapporter sur ce point aux règles ordinaires. Les jugements par défaut sont donc susceptibles d'opposition en matière de divorce.

Le législateur a voulu que les décisions par défaut soient extrêmement rares : nous avons déjà vu, *supra*, Chap. II. Section III. § 5, *b*, quelles mesures de publicité ce même législateur édicte dans l'article 247, § 1, pour faire con-

naître au défendeur la demande dont il est l'objet. Mais, sous prétexte de prévenir le défendeur, il ne fallait pas que la menace d'une opposition suspendît indéfiniment les effets de la décision rendue. Nous allons examiner les précautions prises par le législateur pour empêcher ces inconvénients et ces abus.

« La commission, dit M. Labiche dans son rapport, V. Coulon, *Le divorce et la séparation*, t. II, p. 245, a eu à se préoccuper du délai dans lequel l'opposition pouvait intervenir.

On a pensé qu'un mois était un délai suffisant, si la signification avait été faite à la personne intéressée.

Dans le cas contraire, on propose huit mois comme étant actuellement le délai le plus long fixé pour les ajournements par le Code de procédure civile.

On nous a fait, à ce sujet, l'observation suivante :

Quand la signification n'est pas faite à personne, on fixe à huit mois, à partir du dernier acte de publicité, le délai d'opposition. On comprend, nous a-t-on dit, cette extension de délais quand les assignations ont été données au parquet, à défaut de domicile connu du défendeur. Mais suffira-t-il que le défendeur ne soit pas à son domicile réel au moment où l'huissier se présentera pour qu'il ait droit au délai de huit mois ?

Suffira-t-il que la signification n'ait pas été faite à sa personne, pour qu'il puisse profiter de l'extension des délais ?

Est-ce là ce qu'on a voulu?

Ce délai de huit mois n'est-il pas excessif?

Nous répondons :

L'article 247 a pour objet d'éviter les difficultés, souvent insurmontables, de l'exécution du jugement par défaut.

Par cet article, le jugement acquiert l'autorité de la chose jugée dans les conditions et délais édictés.

Assurément le délai de huit mois est long, mais il a été prescrit parce qu'il importe d'éviter toute erreur, et parce que, quand il n'est pas établi que l'époux a été touché personnellement par la signification, on ne saurait trop prendre de précautions pour éviter une surprise.

Si ce délai peut paraître excessif dans les cas ordinaires, il se justifie en matière de divorce ; la copie du jugement remise à un domestique, à un concierge, peut être détournée et ne jamais parvenir au destinataire.

Le demandeur n'est du reste pas enchaîné par le délai ; il peut poursuivre l'exécution du jugement obtenu par un commandement, par une saisie, par la liquidation de ses reprises, etc., et amener ainsi le défendeur à faire opposition.

Du reste, le délai de huit mois n'a pas été fixé arbitrairement ; c'est le délai maximum des ajournements donnés aux individus qui sont hors de France. »

L'article 247 § 2 ordonne que le jugement qui prononce le divorce sera signifié par huissier commis.

L'huissier sera commis soit par le tribunal, soit par le juge du domicile du défaillant que le tribunal aura désigné ; c'est ce que décide l'article 156, C. pr. civ. qui forme le droit commun en cette matière et qui trouve naturellement son application dans la procédure du divorce.

Si le jugement par défaut ne contenait pas la désignation d'un huissier pour le signifier, cette désignation pourrait être faite ultérieurement par le Président seul. Cass. 31 mai 1858. Goirand, p. 151.

Si la signification n'a pas été faite à personne, on a recours à des mesures de publicité. La partie qui a obtenu

le divorce présente une requête au président pour faire ordonner la publication du jugement par extrait dans les journaux que ce magistrat désigne. Cette publication est obligatoire dès l'instant que la signification n'a pas été remise à la personne même du défendeur, sans qu'il y ait lieu de rechercher si la copie a pu néanmoins lui parvenir, ou s'il a pu avoir connaissance du jugement par une autre voie. Le président peut évidemment ordonner plusieurs insertions successives; le dernier paragraphe de l'art. 247 paraît même le supposer puisqu'il vise « le dernier acte de publicité ». Il est important de noter que les règles relatives à la signification sont communes aux jugements et aux arrêts rendus par défaut, comme on le voit par le § 2 de l'art. 247. Nous en concluons que les arrêts de la Cour d'appel, prononçant le divorce par défaut, sont soumis aux mêmes mesures de publicité que les jugements de première instance. Il est vrai que l'art. 247, § 3, ne vise expressément que les jugements; mais on a sans doute voulu éviter une répétition dans la rédaction de ce paragraphe; d'ailleurs, d'après le principe général auquel fait allusion l'art. 248, les délais d'opposition sont les mêmes pour les arrêts et pour les jugements de défaut; or ces délais, lorsque la signification n'a pas été faite à personne, ne courent que du dernier acte de publicité; il est donc indispensable que les publications soient faites après un arrêt de défaut aussi bien qu'après un jugement.

Lorsque la signification a été faite à personne, l'opposition est recevable dans le mois de cette signification, art. 247 *in fine*. Si la signification a été faite autrement qu'à personne, le délai est de huit mois à partir du dernier acte de publicité fait en exécution de l'ordonnance du président. Ce dernier délai a été admis par analogie du

délai maximum des ajournements donnés aux individus qui sont hors de France. Remarquons qu'il s'applique par cela seul que la signification n'a pas été laissée entre les mains mêmes du défendeur. Il n'y a pas à distinguer si la copie a été laissée à domicile, à un voisin, à la mairie, au parquet. On a pensé que la copie du jugement, même remise à domicile, pourrait être détournée et ne jamais parvenir au destinataire, et les explications données par M. Labiche au Sénat écartent toute espèce de restriction. Ainsi donc, il suffit que le jugement n'ait pas été signifié à personne pour rendre obligatoires les mesures de publicité et, en même temps, pour substituer le délai de huit mois à celui d'un mois.

Comment doivent se calculer les deux délais ? A notre avis, ils ne sont pas francs, car l'opposition doit être faite, suivant les cas, *dans* le mois ou *dans* les huit mois. Mais nous pensons que le jour de la signification et le jour du dernier acte de publicité ne doivent pas être comptés dans les délais. Comp. par analogie Dalloz, *Cod. de proc. civ. annot.*, art. 162, n°s 36 et suiv. Il faut, en outre, distinguer entre les deux délais au point de vue de l'augmentation prescrite à raison des distances. Le délai de huit mois ne comporte pas cette augmentation ; mais le délai d'un mois doit être augmenté à raison d'un jour par cinq myriamètres, si le domicile du défendeur est éloigné du siège du tribunal, art. 1033, C. proc. civ. *Sic.* Depeiges, p. 72. Goirand, p. 153. Coulon, *Man. form.* 5e Edit., p. 210. Vraye et Gode, t. I, p. 294. Curet, p. 184.

L'extrait à insérer sera sommaire, mais suffisamment explicite pour éviter toute équivoque. On suivra à cet égard les règles usitées en pratique pour la publication par extrait des demandes en séparation de biens. Il y aura

lieu également d'appliquer ici la disposition de l'article 698. C. proc. civ., c'est-à-dire qu'en cas de contestation, il sera justifié de l'insertion aux journaux par un exemplaire de la feuille contenant l'extrait, et qui devra porter la signature de l'imprimeur légalisée par le maire. Le dernier acte de publicité servira de point de départ à un délai de huit mois pendant lequel l'opposition sera recevable. Le délai de huit mois courra donc à partir de la date que portera le numéro légalisé qui aura publié en dernier lieu l'extrait du jugement. La date du dernier acte de publicité sera quelquefois difficile à déterminer; on sait en effet que nombre de journaux ont l'habitude de postdater leurs numéros d'un jour. Il y aura lieu, dans ce cas, de fournir la preuve de la postdate. Goirand, p. 153. Vraye et Gode, t. I, p. 295. Il existe deux sortes de défauts de la part du défendeur: le défaut faute de comparaître et le défaut faute de conclure. Les dispositions que nous venons d'analyser s'appliquent incontestablement au défaut faute de comparaître. En est-il de même quand le défendeur a fait défaut faute de conclure ? D'après le droit commun, les jugements par défaut faute de conclure ne sont point signifiés par huissier commis. Il y a plus : la signification, art. 157. C. pr. civ. ne se fait qu'à avoué et non à partie; dès lors, la distinction établie par l'article 247, § 3, au point de vue du délai de recevabilité de l'opposition, semble ne point pouvoir être étendue à notre hypothèse. Nous estimons, en effet, en ce qui nous concerne, qu'au cas de défaut faute de conclure, les § 2 et 3 de l'article 247 C. civ. ne devront plus être appliqués, mais que le droit commun reprendra purement et simplement son empire : la signification aura lieu à avoué, aucune mesure de publicité ne pourra être ordonnée, et l'opposition ne sera recevable que

pendant huitaine à compter du jour de la signification. Il n'y a plus ici de surprise à éviter au défendeur qui n'aurait pas été touché par l'assignation, puisque ce défendeur a constitué avoué. Vraye et Gode, t. I, p. 294. Goirand, p. 156.

Nous n'avons supposé jusqu'ici que le défaut du défendeur. Le jugement rendu par défaut-congé contre le demandeur serait-il susceptible d'opposition ? Sans aucun doute : il n'y aurait à notre avis, aucune raison pour faire une différence entre le demandeur et le défendeur. En disant, dans l'article 239, que la demande en divorce est instruite et jugée dans la forme ordinaire, la loi a voulu mettre l'action en divorce sur la même ligne que toute autre action, et, sauf les exceptions qui peuvent résulter d'un texte formel, c'est le droit commun qui est applicable. Le jugement de défaut-congé pourra donc être attaqué par la voie de l'opposition dans la huitaine. Art 157. C. proc. civ. Daniel de Folleville, Rec. Smets. 1889. p. 206. Curet, p. 185. Goirand, p. 157. Le défaut faute de conclure est, d'ailleurs, seul possible de la part du demandeur, puisque l'assignation qu'il a lancée contient nécessairement de sa part constitution d'avoué. Art. 61, C. proc. civ.

L'opposition à un jugement par défaut ayant prononcé le divorce, sera d'ailleurs absolument non recevable, quand elle aura été formée après l'expiration des délais fixés par l'article 247 et notamment plus de huit mois après le dernier acte de publicité ordonné, et l'expiration de ce délai suffit pour que la forclusion soit encourue, sans que le défendeur puisse se prévaloir de la nullité de la procédure résultant de la notification de l'assignation et des actes qui l'ont suivie, au Parquet, alors qu'il avait un domicile connu en France, et dans ce cas s'il y a eu dol

personnel ou si les formes prescrites à peine de nullité ont été violées, ce n'est pas par la voie de l'opposition que le jugement par défaut rendu en dernier ressort peut être attaqué, mais par la voie de la requête civile. Art. 480. C. proc. civ. *Sic*. Trib. Lyon, 19 février 1891. *Le Droit*, 7 avril 1891.

L'article 247 stipule que l'opposition au jugement par défaut non signifié à la partie elle-même, sera recevable dans les huit mois qui suivront le dernier acte de publicité.

Ces jugements qui sont ainsi susceptibles d'opposition pendant plus de huit mois, seront-ils périmés comme le prescrit l'article 156 du Code de procédure faute d'exécution dans les six mois ?

Le législateur est muet sur ce point ; mais il est évident que l'article 247 contient une exception formelle aux règles ordinaires.

Si l'exécution du jugement de divorce est forcément suspendue pendant le délai de l'opposition, c'est-à-dire dans un cas pendant plus de huit mois, il est impossible que le demandeur encoure une déchéance pour n'avoir pas fait l'exécution dans les six mois.

Voici à cet égard ce que nous lisons dans l'instruction donnée par la Chambre des avoués de Paris : « Le législateur est muet sur ce point ; cependant il semble que l'article 247 contient une exception formelle aux règles ordinaires. Si l'exécution du jugement de divorce est forcément suspendue pendant le délai de l'opposition, c'est-à-dire dans un cas pendant plus de huit mois, il est impossible que le demandeur encoure une déchéance pour n'avoir pas fait l'exécution dans les six mois. Peut-être, pour éviter toute possibilité de critique, fera-t-on bien dans ce cas d'exécu-

ter le jugement en réclamant le paiement des frais et en forçant ainsi le défendeur à former opposition ou à y renoncer s'il les paye. »

Nous croyons cette dernière précaution tout à fait inutile ; pour nous, en effet, les liens qui unissent l'article 156 C. pr. c. et les art. 158 et 159 même Code, n'existent en aucune façon entre la première de ces dispositions et celle de l'article 247, C. c. Coulon, 5e Edit. *Man. form.* p. 210. Carpentier, p. 158. Poulle, p. 177. Daniel de Folleville, Rec. Smets. 1889, p. 207. Inst. de la Chambre des avoués. chap. II, § 3. A la différence de ce qui se passe dans les matières ordinaires où l'opposition à un jugement par défaut contre partie est recevable jusqu'à l'exécution du jugement, en matière de divorce et pour couper court à toutes les difficultés qui peuvent résulter de l'interprétation des articles 158 et 159 C. proc. civ., l'opposition doit être formée dans un délai préfixé.

Il faut en conclure que le demandeur ne serait pas autorisé pendant ce délai à faire transcrire le jugement, ce qui est, comme nous le savons, le seul véritable mode d'exécution de la sentence.

Est-ce à dire, d'autre part, qu'il ne pourrait pas également faire certains actes d'exécution par rapport aux dispositions accessoires que le même jugement pourrait contenir, tels qu'un commandement, une saisie, la liquidation des reprises, etc. Evidemment non, car une pareille rigueur serait excessive et l'honorable M. Labiche l'a fort bien démontré. V. Coulon, *op. citat.* t. II, p. 246.

Mais de pareils actes, il faut bien le comprendre, ne sauraient avoir pour effet d'empêcher le délai d'opposition de courir au profit du défendeur. En d'autres termes, ils ne pourraient pas rendre ce jugement définitif. Autrement

on retomberait dans les difficultés d'interprétation qu'on a voulu éviter, et on se heurterait à la disposition de l'article 249 qui interdit l'acquiescement au jugement de divorce. Car cet acquiescement étant impossible, on ne pourrait opposer au défendeur la connaissance qu'il aurait eue des actes d'exécution accomplis par son adversaire, pour en conclure qu'il a renoncé au droit d'attaquer le jugement par voie d'opposition.

Les actes que nous supposons n'auraient donc en définitive qu'une influence pour ainsi dire morale sur le défendeur en le déterminant à s'opposer au plus vite au jugement rendu contre lui. *Sic*, Carpentier, p. 158. Depeiges, p. 74. MM. Vraye et Gode prétendent au contraire, t. I, p. 296, «que la loi du 18 avril 1886 n'a pas dérogé à l'article 158 du Code de procédure, que la règle, dans tous les cas, aussi bien en matière de divorce qu'en toute autre matière, est que l'opposition à un jugement rendu par défaut contre partie est recevable jusqu'à l'exécution du jugement. Le jugement est réputé exécuté lorsqu'il a été fait l'un des actes prévus par l'article 159 du Code de procédure. De plus, en matière de divorce et pour éviter les difficultés très réelles d'exécution dans les termes de cet article, ainsi qu'il a été expliqué dans les travaux préparatoires de la loi de 1886, (V. n° 319), la signification à personne ou la publicité dans les journaux valent aussi exécution après l'expiration des délais de l'article 247 C. civil.

Le défendeur, disent-ils, qui a payé les frais, dont les biens mobiliers ont été vendus, auquel la notification d'une saisie immobilière a été faite ou qui a eu nécessairement connaissance d'un acte d'exécution quelconque, ne serait donc pas recevable à invoquer à l'appui de son opposition au jugement de divorce prononcé par défaut contre lui,

les délais accordés par l'article 247, § 3, du Code civil. »

Terminons, sur ce point, par une remarque. C'est à l'égard des jugements qui prononcent le divorce qu'il y a dérogation au droit commun, et non à l'égard des autres jugements qui peuvent intervenir dans l'instance. En outre, l'art. 247 vise seulement les jugements par défaut, faute d'avoir constitué avoué. Il faut donc s'en référer au Code de procédure pour les jugements par défaut, faute de conclure, pour les jugements de défaut-congé et aussi pour les jugements qui ordonnent soit l'enquête, soit des mesures provisoires, soit le sursis de six mois prévu par l'art. 246. *Sic,* Depeiges, n° 101.

L'opposition est recevable, aussi bien s'il s'agit d'un jugement de conversion que s'il s'agit d'un jugement statuant par défaut sur une demande directe et principale en divorce. Il faut appliquer dans le premier cas, comme dans le second, l'article 247, §§ 2 et 3, car le jugement, qui convertit une séparation de corps en divorce, est un « jugement qui prononce le divorce » V. *infra* conversion. Chap. V, § 3. *Sic*, Carpentier, p. 215. *Contra*, Depeiges, n° 130.

L'ordonnance de l'article 238 ne sera jamais à notre avis susceptible d'opposition et elle devra être traitée à cet égard comme l'ordonnance de référé à laquelle elle paraît être assimilable. Il est vrai que l'article 238 ne contient aucune disposition analogue à celle de l'article 809. Mais il n'y a pas lieu de raisonner ici par *a contrario*. Il ne faut pas oublier en effet, que dans aucun cas l'opposition n'était admise autrefois en matière de divorce et que si la loi avait voulu autoriser cette voie de recours contre l'ordonnance, elle n'aurait pas manqué de le dire comme elle l'a fait à propos des jugements. Enfin la partie défaillante à l'ordonnance, a toujours le droit d'a-

gir devant le tribunal. *Sic*, Carpentier, p. 100. *Contra*, Depeiges, p. 49.

Le jugement de sursis est-il susceptible d'opposition? certainement oui, les jugements par défaut sont, en effet, en principe susceptibles d'opposition. Pour qu'en notre matière il en fût autrement, il faudrait un texte disant formellement le contraire. Or ce texte n'existe pas. On a soutenu en faveur de la thèse opposée que le droit d'opposition n'avait pas dans ce cas de raison d'être par suite de l'absence absolue d'intérêt pour le défendeur de former opposition à un jugement de cette nature, puisque le sursis dont parle l'article 246 a été édicté en sa faveur et dans le but unique de rendre sans effet la demande en divorce formée contre lui. Or dans la pratique, ce système s'il était admis, se retournerait précisément contre le défendeur. Il peut se faire, en effet, que le tribunal, alors que le débat n'a pas été contradictoire, alors que les juges n'ont entendu que les arguments du demandeur, ait considéré que la demande de divorce était établie, tandis qu'il aurait eu peut-être une autre manière de voir s'il avait connu les moyens du défendeur défaillant. Le défendeur, on le voit, peut donc avoir un réel intérêt à faire opposition au jugement qui a prononcé l'ajournement par défaut. A notre avis, il suffit d'une part, que cet intérêt existe, et que d'autre part, la loi soit muette, pour que l'affirmative s'impose. Carpentier, p. 151, Coulon, 5e Edit. *Man. formulaire*, p. 198. V. *supra*, Chap. II, Sec. III, § 5 *a*. Amiens, 30 novembre 1887. *Contra*. Trib. Péronne, 6 avril 1887. V. ces deux décisions. Coulon, t. III, art. 246.

Toutes ces règles prévues par l'article 247 C. civ. sont spéciales au divorce, En matière de séparation de corps

l'opposition est recevable, mais il faut se conformer aux articles 157, 158, 159 C. proc. civ. S'il s'agit d'un défaut contre partie, l'opposition sera recevable jusqu'à l'exécution du jugement ; s'il s'agit d'un défaut contre avoué, l'opposition ne sera recevable que pendant huit jours à compter du jour de la signification à avoué. V. *infra*. Chap. IV, § 1er. *Sic*, Curet, p. 258. Carpentier, p. 159.

B. De l'appel.

L'appel est une voie de recours ordinaire, par laquelle une ordonnance, ou un jugement de premier ressort est déféré à une juridiction supérieure, chargée de la ou le contrôler, et s'il y a lieu de la ou le réformer.

L'appel est admis en matière de divorce pour certaines ordonnances et pour les jugements de première instance.

L'ordonnance du Président qui ordonne la comparution des parties et statue sur la résidence de l'époux demandeur est-elle susceptible d'appel ?

La négative nous paraît certaine. La seule ordonnance que la loi déclare susceptible d'appel est celle par la quelle le président constate la non-conciliation et donne à l'époux demandeur l'autorisation d'assigner (art. 238, § 3). Donc la première ordonnance, celle rendue sur la requête en divorce, ne peut être frappée d'appel. C'est, qu'en effet, cette ordonnance appartient à la juridiction gracieuse ; elle intervient en présence du demandeur seul, sans qu'il y ait une contestation possible entre les époux, et, par suite, elle ne constitue pas une décision contentieuse, Sans doute, le président statue sur la résidence de l'époux demandeur; il est tenu d'assigner à la femme demanderesse ou défenderesse la maison où elle devra se retirer,

et on comprend que le mari puisse avoir intérêt à contester cette assignation. Mais, malgré cet intérêt, la loi n'a pas cru devoir permettre l'appel, et cela par l'excellente raison que l'appel eût été inutile; les époux vont se retrouver devant le président qui a le droit de statuer à nouveau sur la résidence; il pourra alors y avoir débat et la seconde ordonnance sera susceptible d'appel. *Sic.* Curet, p. 120. Morael, *De la conversion*, p. 200. Un arrêt de la Cour d'Alger du 2 février 1885. S. 86, 2. 180 a cependant décidé contrairement à notre opinion que l'ordonnance par laquelle le président du tribunal civil statue sur la requête à fin de divorce qui lui est présentée par l'époux demandeur, est susceptible d'appel de la part de ce dernier, mais il est bon de remarquer que cet arrêt ne donne aucun motif à l'appui de cette affirmation et que le moyen de non-recevabilité n'était pas relevé; c'est d'ailleurs la seule fois que la jurisprudence ait eu à trancher cette question.

Il est toutefois évident que, si la première ordonnance, rendue sur la requête en divorce, est discrétionnaire et n'est pas susceptible d'appel, c'est à la condition de rester dans les termes prévus par la loi. Mais si le président refusait d'ordonner la comparution des parties ou de statuer sur la résidence de l'époux demandeur ou encore d'assigner à la femme un domicile provisoire, il sortirait de son rôle, il commettrait un véritable excès de pouvoir, et à ce titre, il est incontestable que son ordonnance pourrait être frappée d'appel.

La seconde ordonnance rendue par le juge, art. 238, qui est exécutoire par provision, est susceptible d'appel dans les délais prescrits par l'article 809, C. proc. civ. c'est-à-dire que l'appel peut être interjeté même avant le délai de huitaine, à dater du jugement : il n'est plus re-

cevable s'il a été interjeté après la quinzaine à dater du jour de la signification du jugement. L'appel est jugé sommairement et sans procédure.

Nous touchons ici à une assez grave difficulté ; il s'agit de déterminer d'une façon positive, quel sera le rôle de la Cour d'appel et quel sera le rôle du tribunal étant données les dispositions mêmes de l'article 238 qu'il importe de remettre ici et en son entier sous les yeux du lecteur.

Article 238. « Au jour indiqué, le juge entend les par-
» ties en personne ; si l'une d'elles se trouve dans l'impos-
» sibilité de se rendre auprès du juge, ce magistrat dé-
» termine le lieu où sera tentée la conciliation, ou donne
» commission pour entendre le défendeur ; en cas de non-
» conciliation ou de défaut, il rend une ordonnance qui
» constate la non-conciliation ou le défaut, et autorise le
» demandeur à assigner devant le tribunal.

» Le juge statue à nouveau, s'il y a lieu, sur la rési-
» dence de l'époux demandeur, sur la garde provisoire
» des enfants, sur la remise des effets personnels, et il a
» la faculté de statuer également, s'il y échet, sur la de-
» mande d'aliments.

» Cette ordonnance est exécutoire par provision ; elle
» est susceptible d'appel dans les délais fixés par l'article
» 809 du Code de procédure.

» Par le fait de cette ordonnance, la femme est autori-
» sée à faire toutes procédures pour la conservation de
» ses droits et à ester en justice, jusqu'à la fin de l'ins-
» tance et des opérations qui en sont les suites. »

» Lorsque le tribunal est saisi, les mesures provisoires
» prescrites par le juge peuvent être modifiées ou com-
» plétées au cours de l'instance, par jugement du tribu-

» nal, sans préjudice du droit qu'a toujours le juge de » statuer, en tout état de cause, en référé, sur la résidence » de la femme. »

Sans reprendre la discussion qui s'est élevée au Sénat et qu'on trouvera dans notre tome II, *Débats parlementaires*, art. 238, il est peut-être utile de résumer les divers systèmes qui paraissent avoir servi de point de départ aux observations présentées par les membres de cette assemblée qui ont pris part à la discussion.

D'après un premier système, défendu par M. Griffe, l'ordonnance ne devait, dans aucun cas, être déférée à la Cour. La partie qui croyait avoir à s'en plaindre devait l'attaquer devant le tribunal. Cette opinion, formulée dans un amendement, a été repoussée par le Sénat. Dans un second système on admettait, comme dans le texte définitif, la double compétence de la Cour et du tribunal de 1re instance. Seulement ajoutait-on, si l'appel n'est pas jugé au moment où le tribunal sera lui-même saisi, cet appel tombera comme étant inutile; autrement il pourrait se produire un conflit entre les deux juridictions.

Dans cet ordre d'idées, la commission proposait d'insérer formellement dans la loi que dès que la demande principale serait déférée au tribunal, la Cour serait dessaisie. Mais cette addition ne fut pas admise, un membre de la haute assemblée, M. Dauphin, ayant fait remarquer qu'une Cour ne peut être dessaisie que par l'arrêt qu'elle rend sur la question qui lui est soumise. La commission revint donc à la rédaction primitive ; mais on fit précéder le texte de notre paragraphe du membre de phrase: *Lorsque le tribunal est saisi*, qui n'existait pas dans le projet.

La pensée de la commission a été, qu'il faut distinguer

deux périodes : l'une préliminaire, pendant laquelle l'instance n'est pas encore portée devant le tribunal, l'autre définitive, pendant laquelle ont lieu les débats de l'affaire au fond. Au cours de la première, les parties peuvent demander à la Cour de modifier la décision du président ; pendant la seconde, ce n'est pas à la Cour qu'il convient de s'adresser, mais bien au juge saisi du fond, au tribunal de première instance. Ce dernier système n'est pas beaucoup plus satisfaisant que les deux premiers, et il n'a pas donné naissance à un texte parfaitement clair. En distinguant les deux périodes de la procédure en divorce, on n'a pas observé que la première est extrêmement limitée dans sa durée : la citation au fond suit de près l'ordonnance du président ; elle doit même être signifiée dans les vingt jours, à peine de voir tomber de plein droit les mesures provisoires (ce qui rendrait tout recours inutile). Bien plus, comme, en pratique, l'ordonnance et la citation sont signifiées par un seul et même acte, il semble que le délai d'appel, qui comprend les quinze jours à partir de cette signification (art. 809, Cod. proc. civ.), commence à courir au moment même où cet appel ne peut plus être formé, la compétence appartenant désormais au tribunal civil et non à la Cour.

En réalité, la confusion tient à ce que l'on n'a pas assez nettement remarqué le caractère essentiellement provisoire des mesures ordonnées soit par le président, soit par la Cour, soit par le tribunal.

Lorsque la commission extraparlementaire inscrivit dans son projet le droit pour le tribunal de modifier les décisions du juge conciliateur, elle ne songea certainement pas à confier au tribunal tout entier un pouvoir réformateur des ordonnances de son président ; mais elle ne per-

dit pas de vue que des circonstances nouvelles peuvent exiger impérieusement la modification de certaines mesures, justes et suffisantes au moment où elles ont été ordonnées, mais incomplètes ou impuissantes en raison de nouveaux événements. C'est à cette situation nouvelle que se rapporte exclusivement le § 5 de l'art. 238. Qu'en résulte-t-il? C'est qu'il faut abandonner la distinction proposée par la commission entre les deux périodes : ce qui attribuera compétence au tribunal pour ordonner des mesures non édictées par le président ou même contraires à celles qu'il a édictées, c'est moins l'ouverture de la période contentieuse proprement dite, que la survenance de faits ou d'événements plaçant les époux dans une situation différente de celle qui a été appréciée à l'époque même de l'ordonnance : « Un procès en divorce, a dit M. Denormandie, peut durer un an, deux ans, sinon davantage. Or c'est ce laps de temps énorme qui donne lieu à des incidents fréquents : cette femme demanderesse en divorce, a adopté la résidence qui a été indiquée par le président, mais il est possible qu'elle soit obligée d'en changer : les enfants ont grandi, ou ils sont malades, ou les établissements choisis à la première heure ne conviennent plus, ou le mari a un droit de visite dont il abuse, ou la femme a un droit de sortie dont elle se sert avec exagération. Il y a à chaque instant pendant ces tristes années, des incidents dont le tribunal est saisi..... »

Le texte du paragraphe 5 de l'article 238, est, en définitive, parfaitement conforme à l'interprétation que nous donnons : il ne dit pas que le tribunal sera juge d'appel de la décision du président, à l'exclusion de la Cour, dès que l'instance au fond sera engagée devant lui ; il se borne à indiquer que les mesures provisoires prescrites par le

juge peuvent être modifiées ou complétées au cours de l'instance. Depeiges, p. 52.

L'esprit de la disposition qui nous occupe de l'article 238 étant ainsi dégagé, il est aisé d'en tirer les conséquences.

Les époux n'acceptent pas les mesures prescrites par le président. Le mari, par exemple, trouve que le juge a assigné à sa femme une résidence qui ne lui convient pas, que les enfants n'auraient pas dû être placés dans l'établissement choisi, que la pension alimentaire accordée est trop élevée, etc. — Il fera appel de l'ordonnance qui lui fait grief. La cour jugera sur cette ordonnance ; elle décidera sur ce qui existait à l'heure où le président a statué.

Les époux, au contraire, acceptent les mesures prescrites par le président ; mais les circonstances, qui justifiaient ces mesures au moment où elles étaient prises, se sont modifiées ; et cela arrivera souvent, car les instances en divorce peuvent durer longtemps. La femme, par exemple, est obligée de changer de résidence ; l'enfant placé dans un établissement d'éducation est malade ou a terminé ses études ; le père ou la mère abuse du droit de visite qui lui a été accordé, etc. Des mesures nouvelles s'imposent. — L'époux s'adressera au tribunal pour les obtenir.

La Cour et le tribunal statuent donc sur des situations différentes et il ne peut y avoir de sérieuses difficultés. — La situation est-elle restée ce qu'elle était au jour de l'ordonnance ? L'époux, mécontent des mesures prescrites, portera ses griefs devant la Cour, et la Cour décidera, en se reportant au jour de l'ordonnance. L'instance d'appel devra donc continuer, alors même que dans l'intervalle le tribunal aurait été saisi. — La situation, au contraire,

s'est-elle modifiée? C'est au tribunal, et non à la Cour d'appel, qu'il appartient de prendre les mesures nouvelles que cette situation nouvelle comporte. Mais il est évident que si la situation était encore la même qu'au jour de l'ordonnance, le tribunal ne pourrait modifier les mesures prescrites par son président. La décision du président, en effet, constitue une véritable ordonnance sur référé, et le tribunal n'est pas juge d'appel des ordonnances sur référé; c'est la Cour qui seule peut les modifier. Le tribunal n'a que le droit de pourvoir aux nécessités d'une situation nouvelle, et de modifier les mesures prescrites par le juge, lorsque les circonstances qui justifiaient ces mesures se sont elles-mêmes modifiées. Si l'on admet notre opinion sur cette question, il faut en conclure que l'appel de l'ordonnance est toujours recevable, alors même que le tribunal est saisi du fond du débat. *Sic*, Coulon, *Man. form.* 5e Edit., p. 125. Curet, p. 131. Depeiges, p. 53. Goirand, p. 122. Vraye et Gode, t. I, n° 247. *Contra*, Carpentier, nos 74 à 77. Poulle, p. 213.

Il faut reconnaître qu'il y a sur ce point une grande hésitation dans la jurisprudence. C'est ainsi que la 3e Chambre de la Cour de Paris a, par arrêt du 13 août 1886 décidé que l'ordonnance du Président qui statue sur les mesures provisoires en matière de divorce, ne peut plus être attaquée par voie d'appel devant le tribunal auquel seul il appartient dès ce moment d'apprécier si elles doivent être maintenues ou modifiées; puis elle a affirmé une seconde fois sa jurisprudence par arrêt du 27 avril 1888 et y a persisté par deux nouveaux arrêts du 15 juin 1888 et 10 janvier 1889; cependant le 20 décembre 1890 une hésitation se produit: la 3e Chambre de la Cour de Paris rend un arrêt qui proclame la recevabilité de l'appel

formé contre l'ordonnance du président, alors que le tribunal est déjà saisi de la demande principale ; mais cette hésitation ne dura qu'un instant puisque, quatre jours après, le 24 décembre 1890, intervient un nouvel arrêt de la même chambre qui, abandonnant ce revirement subit, consacre pour la cinquième fois, son ancienne jurisprudence, en déclarant qu'il est de principe que le pouvoir du juge, statuant au provisoire, cesse du moment où le juge du principal est saisi ; qu'en conséquence, à partir du jour où le tribunal de première instance est saisi de la demande principale, l'appel de l'ordonnance du président devient sans objet, le tribunal ayant seul à partir de cette date, le pouvoir, aux termes de l'art. 238, § 5, C. civ. de modifier ou compléter les mesures prescrites par le président.

Au contraire, les 2e, 4e et 5e Chambres de la Cour de Paris se sont prononcées d'une manière absolument constante pour l'opinion que nous soutenons, qui impose à la Cour l'obligation de statuer sur l'appel, dans tous les cas, encore que la demande principale ait été introduite, pourvu d'ailleurs que cet appel ait été interjeté dans les délais prescrits par l'art. 809. C. pr. civ. Paris. (2e Ch.) 3 fév. 1887. (5e Ch.) 6 juin 1888. (4e Ch.) 12 janv. 1889. (4e Ch.) 19 mars 1890.

Enfin la 1re Chambre de la Cour de Paris présidée par M. Lefebvre de Viefville a, par arrêt du 5 avril 1889, décidé que l'appel est irrecevable quand il est formé après l'introduction de la demande principale en divorce ; mais en 1890 et depuis elle n'a pas varié, elle a sous la présidence de M. le premier président Périvier, affirmé une jurisprudence constante dans ses arrêts des 11 mars, 19 mars et 29 avril. V. tous les arrêts ci-dessus cités, et la

jurisprudence des autres Cours. Coulon, *Le div. et la sép.* t. III, art. 238 et art. 248.

Pour être absolument complet nous ne pouvons mieux faire que de donner ici un article de notre confrère M. Ernest Benoist (*Gazette des Tribunaux* des 3 et 4 avril 1890) qui a été écrit à l'occasion des derniers arrêts de la 1re Chambre de la Cour qui semblent adopter l'opinion que nous avons toujours soutenue. V. Coulon, *Man. form.* 5e Edit. art. 238. Il est bon d'ajouter que la Cour de cassation n'a pas encore eu à trancher cette question.

M. Ernest Benoist s'exprime en ces termes :

« Les incertitudes et les doutes de la jurisprudence se manifestent sous trois aspects différents et ont donné naissance à trois doctrines opposées.

D'après une première opinion, l'introduction de l'instance principale devant le Tribunal ne met obstacle ni au droit pour les parties d'interjeter appel de l'ordonnance du président, ni au droit pour la Cour de statuer sur cet appel. — Les principes du droit commun, dit-on, commandent cette solution. L'article 238 paragraphe 3 du Code civil autorise l'appel de l'ordonnance du président ; or, le droit, ainsi ouvert aux parties de déférer cette ordonnance à la juridiction supérieure, comporte pour la Cour le droit et le devoir de statuer sur cet appel, sans qu'elle ait à se préoccuper du point de savoir si le demandeur a saisi le Tribunal de la demande principale. Pour qu'il en fût autrement, il faudrait que le législateur s'en fût formellement expliqué, et, précisément, la disposition additionnelle, qui avait pour but de forcer la Cour à se dessaisir, au cas où la demande principale serait introduite, a disparu de la rédaction définitive. Voir Paris, 13 août 1886 et 3 février 1887 ; — Poitiers, 9 mai 1887. Paris, 27 avril et 15 juin

1888. — S. 89, V. 9. Coulon. *Le div. et la sép.* t. III, art. 238 et art. 248.

Au cours, en effet, de la discussion qui s'éleva en 1886, on agita, au sein de la commission, le point de savoir, s'il convenait de faire au paragraphe 3 une addition dont le rapporteur M. Labiche s'était fait l'énergique défenseur. Elle était ainsi libellée.

« L'Ordonnance est susceptible d'appel dans les délais » fixés par l'article 809 du Code de procédure, *tant que* » *le Tribunal n'a pas été saisi de la demande principale.* » *Dans ce cas la Cour se trouvera dessaisie,* » et d'intro- » duire en tête du paragraphe 5, avant les mots : « Les » mesures provisoires prescrites par le juge peuvent être » modifiées, par jugement du Tribunal, » ceux-ci : « *Lors-* » *que le Tribunal est saisi.* »

Une nouvelle discussion s'étant engagée, et le paragraphe 3 de l'article 238, ayant été de nouveau renvoyé à la commission, celle-ci a supprimé la disposition additionnelle, qu'elle avait ajoutée à l'article 238, paragraphe 3, et a seulement maintenu, en tête du paragraphe 5, du même article, les mots : « *Lorsque le Tribunal est saisi* » et l'article 238, ainsi rédigé, a été voté à la même séance S. lois annotées de 1886, p. 53, 1re et 2e col., note 10. — De cette suppression les partisans de la première opinion tirent cette conclusion que l'on a renoncé à porter atteinte au pouvoir juridictionnel de la Cour. — M. Dauphin, dans la séance du Sénat du 10 décembre 1885, a dit à ce propos :

« Il n'y a pas à craindre de conflits entre la Cour et le » Tribunal, par cette raison que lorsqu'une Cour est » appelée à juger une des mesures provisoires, ordonnées » par un président, elle statue sur ce qui existait à l'heure

» où le président a rendu son ordonnance, et elle dit si » le président a eu raison ou s'il a eu tort; ce qui n'empêche » pas que le Tribunal saisi à nouveau sur un autre état de » choses, doive examiner cet autre état, et prendre d'autres » mesures provisoires, sans qu'il y ait opposition entre les » deux décisions de justice. » J. off. du 11 déc. 1885, délib. parl. p. 1275. — V. aussi S. Lois annotées de 1886, p. 53, 1re col. note 10. V. Coulon *op. citat.* t. II, art. 238.

Telle est, en substance, la doctrine que la Cour de Paris, dans deux arrêts récents, l'un du 11 mars dernier, *Gazette des Tribunaux* du 20 mars 1890, l'autre du 19 mars 1890, *Gazette des Tribunaux* du 27 mars 1890, vient de sanctionner.

Avant de rechercher s'il convient de s'y rallier, il nous faut examiner une seconde opinion, qui établit une distinction. Si l'appel de l'ordonnance est interjeté avant que le Tribunal n'ait été saisi de la demande en divorce ou en séparation de corps, la Cour devra statuer sur l'appel; mais, au contraire, l'appel ne sera pas recevable, s'il n'est formé qu'après que le Tribunal aura été saisi de la demande principale. — Ce système se sépare du précédent en ce point seulement qu'il interdit aux parties d'interjeter appel de l'ordonnance du président, à partir du moment où le Tribunal est saisi de la demande principale. Jusque-là, le droit d'appeler de l'ordonnance est ouvert aux parties, et l'appel une fois formé, la Cour n'en peut être dessaisie par l'introduction de la demande principale devant le Tribunal; mais si le Tribunal est saisi de la demande principale, avant que les parties n'aient déféré l'ordonnance à la Cour, l'appel de cette ordonnance ne peut plus être interjeté. Pour justifier cette solution on invoque la disposition du paragraphe 5 de l'article 238 ainsi conçu:

« *Lorsque le Tribunal est saisi*, les mesures provisoires » prescrites par le juge peuvent être modifiées ou complé- » tées au cours de l'instance, par jugement du Tribunal. »

Cette disposition, dit-on, implique qu'à partir du moment où l'instance principale est portée devant le Tribunal, le tribunal seul a compétence pour prononcer sur les mesures provisoires. L'appel de l'Ordonnance, interjeté auparavant, suivra, sans doute, son cours, parce qu'à défaut de texte, il est impossible de refuser à la Cour, le droit de statuer sur un appel qui lui a été régulièrement déféré ; mais l'appel, qui serait interjeté de l'Ordonnance, seulement après que le demandeur a saisi le Tribunal de la demande principale, devrait être déclaré non recevable. C'est désormais au Tribunal que les parties doivent s'adresser pour obtenir la modification des mesures prescrites par le président. V. en ce sens M. Carpentier. — La loi du 18 avril 1886 et la Jurisprudence en matière de divorce, n° 74 à 76.

Enfin d'après une troisième opinion, c'est au Tribunal seul, à partir du moment où il est saisi de la demande principale en divorce, qu'il appartient de statuer sur les mesures provisoires, d'où la double conséquence, d'une part, que l'ordonnance du président ne peut plus être frappée d'appel après l'introduction de l'instance principale, et d'autre part, que la Cour doit se dessaisir de l'appel de l'ordonnance, si cet appel a été interjeté avant l'introduction de l'instance principale.

En ce qui concerne l'irrecevabilité de l'appel interjeté après que le Tribunal a été saisi de l'instance principale, on invoque dans ce système comme dans le précédent, le paragraphe 5 de l'article 238 du Code civil, et de la compétence reconnue par ce paragraphe au Tri-

bunal, saisi de la demande principale, pour statuer sur les mesures provisoires, on conclut également que l'appel de l'ordonnance est désormais sans objet, et doit être écarté par une fin de non-recevoir.

On invoque, en outre, la disposition de l'article 238, paragraphe 5, pour lui donner une portée que le second système refuse de lui attribuer, et pour décider que l'introduction de l'instance principale, devant le Tribunal, oblige la Cour à se dessaisir immédiatement de l'appel de l'ordonnance antérieurement interjeté. Il y a là, sans doute, dit-on, une dérogation grave apportée aux règles ordinaires de la procédure; mais si la volonté du législateur a été dans l'hypothèse qui nous occupe, de faire échec aux principes, il n'y a pas de raison pour ne pas s'incliner devant une intention nettement manifestée. — Tout enfin, conclut-on, dans les travaux préparatoires, tout tend à prouver que la compétence du Tribunal est exclusive pour statuer sur les mesures provisoires, après l'introduction de l'instance principale.

Les trois systèmes en présence se trouvent ainsi définis, auquel convient-il de se rallier? Et quelles raisons d'adopter l'un plutôt que les deux autres ?

Pour nous en tenir tout d'abord aux réflexions qui nous sont inspirées par la lecture du texte lui-même de la loi du 18 avril 1886, nous ne pouvons pas ne pas faire cette remarque que les partisans du système qui refuse à la Cour le droit d'être saisie de l'appel d'une ordonnance, dès que le procès a été régulièrement soumis au Tribunal, ou qui vont même jusqu'à exiger, dans la même hypothèse, le dessaisissement de la Cour, laissent, en quelque sorte, absorber leur attention tout entière par un seul paragraphe de l'article 238, en méconnaissant

l'existence du § 3 qui le précède. Si le § 5 était isolé, si le législateur s'était contenté d'écrire :

« Lorsque le Tribunal est saisi, les mesures provisoires » prescrites par le juge peuvent être modifiées ou complé- » tées au cours de l'instance par jugement du Tribunal. »

Il eût peut-être été permis, dans une disposition ainsi libellée, de voir sa volonté d'établir une dérogation aux principes généraux qui régissent le droit d'appel.

Mais ne peut-on pas se souvenir, pour se garder d'accorder à cette partie du texte une importance qu'on ne saurait, à notre sens, lui attribuer, que le § 3 de l'article 238 mentionne expressément « que l'ordonnance est suscep- » tible d'appel dans les délais fixés par l'article 809 (Proc. » civ.) ? »

Assurément, et c'est avec raison, suivant nous, que la Cour de Paris, dans son récent arrêt du 11 mars 1890, *Gazette des Tribunaux* du 20 mars 1890, a fait observer :

« Que la faculté d'appel est générale et absolue, sans » que le § 3 de l'article 238 ait distingué entre le cas, » où le Tribunal n'a pas encore été saisi de la demande » principale, et celui où il en aurait déjà été saisi. »...

« Qu'on ne saurait admettre que le § 5e soit la con- » tradiction flagrante du § 3e et puisse amener cette » conséquence étrange, qu'il suffirait à l'époux deman- » deur de hâter l'introduction de sa demande principale » pour rendre illusoire le droit d'appel expressément ac- » cordé à l'une et à l'autre partie ; qu'il est impossible » d'admettre que le législateur de 1886 ait commis, au » cours d'une même discussion une si grande inadver- » tance, et qu'elle se concilie facilement, au contraire, » avec la faculté d'appel entendue dans le sens le plus » général et le plus absolu. »

Cette inadvertance, dont parle l'arrêt de la Cour, les rédacteurs de la loi de 1886 n'ont pu la commettre ; ils n'ont pas pu davantage ne pas avoir présentes à l'esprit les raisons d'ordre supérieur qui ont inspiré au législateur les termes du § 3 de l'article 809 du Code de procédure civile. — Si les ordonnances du président du Tribunal, statuant en état de référé, sont déférées à la Cour d'Appel, et non pas au Tribunal civil, c'est pour éviter, ce qui se produirait sans cesse dans les sièges où le nombre des magistrats est réduit, que le président lui-même, figurant normalement dans la composition du Tribunal, ait à connaître, en second ressort, d'une décision par lui précédemment rendue, c'est pour parer à une éventualité plus fâcheuse encore pour les plaideurs, au cas où le président se serait adjoint le Tribunal à l'effet de connaître du référé en premier ressort, ce qui est son droit absolu.

En donnant au rôle du président, dans les procédures de divorce une extension nouvelle, le législateur de 1886 ne pouvait oublier que les garanties du second degré de juridiction s'imposaient comme en matière de référé ordinaire ; il l'a si bien senti qu'il a pris soin de rédiger un paragraphe spécial, le § 3. Ne va-t-il pas de soi que, si sa volonté eût été d'innover, le § 5 eût été rédigé d'autre manière ; et pour répondre à cette objection des adversaires du système auquel nous croyons devoir nous rallier (celui de l'arrêt du 11 mars 1890 de la Cour de Paris) que « l'appel devant la Cour était au moins nécessaire tant » que le Tribunal n'était pas saisi. » N'aurait-il pas imparti un délai très bref au demandeur pour son procès devant les juges du fond ?

Or, il s'est gardé de le faire. Non seulement, et à dessein à coup sûr, il a omis de disposer que lorsque le Tribunal

serait saisi, il pourrait *réformer* les décisions prises par le président, se contentant d'écrire :

« Lorsque le Tribunal est saisi, les mesures provisoires » prescrites par le juge peuvent être *modifiées* ou *com-* » *plétées* au cours de l'instance. »

Mais encore il a pris soin de dire auparavant, sans restriction, sans réticence :

« L'ordonnance est suspectible d'appel dans les délais » de l'article 809 du Code de procédure civile. »

Par la rédaction du § 3, le législateur a voulu certainement mettre le pouvoir judiciaire en garde contre les exagérations que la lecture du seul § 5 eût été capable d'entraîner.

Reconnaissons, sans tarder, que pareille précaution n'était pas inutile, et qu'il eût même été préférable de l'accentuer encore. Plus nette, plus claire elle eût peut-être épargné à la jurisprudence, des erreurs comme celles que nous relevons dans deux arrêts de la Cour de Paris : Paris, 10 janvier 1889, D. P. 90, 1. 40. Paris, 5 avril 1889. *Gazette des Tribunaux* du 13 avril 1889, où il est écrit :

« Qu'à partir du moment où le Tribunal est saisi le » Tribunal a seul le pouvoir, aux termes du § 5 de l'article » 238 du Code civil, de compléter ou modifier les mesures » provisoires prescrites par le juge. »

Mais c'en est assez sur les réflexions que nous inspire la seule lecture de l'article 238 et le rapprochement des éléments divers de ce texte. Le moment nous semble venu de rechercher si, tout en rédigeant la loi du 18 avril 1886, le législateur n'a pas dû être pénétré de cette idée, qu'il y avait très grand intérêt pour les plaideurs à laisser subsister le droit d'interjeter appel de l'ordonnance rendue par le président, et à maintenir le fonctionne-

ment normal du second ressort malgré les dispositions spéciales qu'il édicterait au § 5 de l'article 238. Si nous sommes amenés à répondre affirmativement à cette question, nous demeurons, du même coup, convaincus qu'on ne saurait trouver dans le § 5 de l'article 238 une raison suffisante de déroger aux principes généraux sur le second degré de juridiction.

En supposant le Tribunal civil saisi de la question de fond, en admettant que le président ait rendu au préalable diverses ordonnances intéressant les parties en cause, si nous prenons au pied de la lettre le paragraphe 5 de l'article 238, ou plutôt si nous consentons à lui attribuer la portée qu'entendent lui prêter les partisans des systèmes opposés, on arrivera à cette étrange conséquence qu'on ne sera jamais exactement fixé sur le point de savoir si la décision du Tribunal, statuant avant faire droit, devra être ou non susceptible d'appel devant la Cour. Nous savons bien que, dans les systèmes opposés, on déclare que l'appel des jugements avant faire droit du Tribunal sera toujours recevable et qu'ainsi il n'y a aucun inconvénient à contester à la Cour la possiblité de connaître, en second ressort, des ordonnances rendues par le président. — Nous ne pouvons partager cette confiance, car il suffira que le désaccord naisse entre les parties sur des points de procédure pour que les garanties résultant de l'existence du deuxième degré de juridiction se trouvent singulièrement compromises. Nous nous expliquons. Si le Tribunal statue avant faire droit sur des faits nouveaux, l'appel d'un jugement rendu dans ces conditions ne pourra être sérieusement contesté ; mais, s'il advient qu'à l'encontre de l'autre plaideur, l'une des parties prétende que le jugement n'a fait que transformer une ordonnance

du président, va-t-on admettre devant la Cour l'appel d'une décision ainsi intervenue ? Ne voit-on pas que ce sera risquer d'attribuer à trois juridictions successives la connaissance du même fait, comme aussi l'hésitation en laquelle on se trouvera jeté pourra produire un résultat non moins regrettable, celui d'enlever au plaideur se prétendant lésé le bénéfice du second degré ?

C'est à de semblables désordres que l'on doit arriver fatalement si l'on prend, nous le répétons, au pied de la lettre le § 5 de l'article 238, sans admettre la combinaison nécessaire de ce paragraphe avec le § 3 du même article, si par dérogation aux principes généraux du droit on transforme le Tribunal civil en juridiction du second degré dans les causes qui sont de la compétence de son président en premier ressort.

Tout au contraire, nous n'apercevons que des inconvénients purement imaginaires dans le fait de conserver à la Cour le droit de connaître, en cause d'appel des décisions rendues par le président, même lorsque le Tribunal est saisi. En vain l'on soutiendra que, bien que les pouvoirs du Tribunal ne soient pas ceux d'un juge d'appel, il est impossible de dissimuler que ses décisions, en fait, pourront être souvent en contradiction avec celles qu'aura rendues la Cour; nous ne pensons pas que pareil conflit puisse se produire, si l'on conserve à chaque juridiction le rôle qui lui appartient, d'après les textes que nous analysons, d'abord, d'après les principes généraux ensuite.

« *Suum cuique tribuere* », à chacun le sien : le vieil adage latin mérite ici d'être retenu ; sous la réserve de la stricte application du principe qu'il formule, on arrivera aisément à parer à toute difficulté, à éloigner tous conflits. Il faut dire que la Cour peut réformer l'ordonnance qui

lui est soumise, alors que le Tribunal ne peut modifier les mesures ordonnées que lorsque les circonstances qui justifiaient ces mesures elles-mêmes se sont modifiées.

En vain l'on oppose que cette distinction entre la réformation et la modification n'est écrite nulle part. Nous répondons qu'il est inutile qu'elle soit consignée dans un texte, qu'elle s'impose par cela seul qu'elle résulte des principes essentiels ayant trait aux degrés de juridiction, et par cette raison aussi qu'aucun texte ni dans la loi du 18 avril 1886 ni ailleurs, n'en autorise la dérogation formelle.

Résumons notre pensée avec MM. Vraye et Gode, 2e édit., t. I, n° 247 ; avec les arrêts les plus récents de la Cour de Paris : Paris, 1re Ch., 11 mars 1890, *Gazette des Tribunaux* du 20 mars 1890 ; Paris, 4e Ch., 19 mars 1890, *Gazette des Tribunaux* du 27 mars 1890, en ajoutant que la formule exacte est celle-ci :

« Le président ordonne des mesures provisoires. «Deux hypothèses se présentent : Ou bien la situation des époux » n'a pas varié, et les motifs qui ont décidé le président » restent les mêmes ; alors, l'appréciation de ces motifs doit » être déférée à la Cour, seule compétente pour infirmer et » rectifier l'ordonnance ; ou bien la situation est modifiée, » c'est alors le Tribunal qui, à raison de ce nouvel état de » choses est compétent pour statuer sur les nouvelles » mesures provisoires à ordonner et sur les modifications à » apporter à celles précédemment prescrites. »

« La Cour ne pourrait même pas prendre en considéra- » tion le nouvel état de choses pour infirmer l'ordonnance, » car son rôle se borne ici à apprécier la décision, dont » est appel, en se plaçant uniquement à l'époque où celle- » ci a été rendue. »

Nous avouons volontiers qu'une rédaction plus claire de

la loi eût été désirable, que le texte tel qu'il est écrit facilite l'erreur ; et à ce titre, il est permis de regretter qu'on ne puisse, par voie de référé législatif, obtenir une rédaction plus correcte des dispositions de l'article 238 qui, en jurisprudence, ont donné naissance à des systèmes diamétralement opposés.

Une étude attentive permet toutefois de reconnaître aisément, et nous nous plaisons à constater que la Cour de Paris tend à se fixer définitivement en ce sens, que le § 5 de l'article 238 n'a qu'un but : Faire comprendre que lorsque le Tribunal est saisi de l'affaire, il n'y a plus de raison de maintenir au magistrat conciliateur le droit de subvenir à des situations auxquelles il importait de remédier dès le début de l'instance ; mais, ce n'est pas un motif pour dire que, lorsque le Tribunal est saisi, l'appel d'une décision précédemment rendue par ce magistrat n'est plus recevable. »

Signalons en outre un jugement intéressant du tribunal civil de la Seine qui, par application des principes ci-dessus rappelés, a décidé le 31 mars 1890, que l'époux qui n'a pas attaqué par la voie de l'appel dans les délais fixés par l'art. 809, C. p. civ. l'ordonnance du Président statuant sur les mesures provisoires ne saurait, alors même qu'il aurait saisi le tribunal de son action principale avant l'expiration de ces délais, être admis dans sa demande incidente tendant à modifier lesdites mesures, qu'autant qu'il est établi par les circonstances de la cause que la situation des parties s'est trouvée modifiée. Enfin il faut combiner le § 3 de l'article 238 avec le § 7 de la même disposition, et il importe d'observer à cet égard que l'appel interjeté par l'époux demandeur contre l'ordonnance qui statue sur les mesures provisoires ne suspend

nullement en sa faveur le délai de vingt jours fixé par le § 7 de l'art. 238 pour délivrer la citation : si donc dans les vingt jours de l'ordonnance, l'époux demandeur n'a pas usé de la permission de citer, ni fait statuer sur son appel, cet appel devient sans objet, et la cour n'a plus à se prononcer, l'ordonnance étant devenue sans objet. Paris, 10 août 1889. V. Coulon, *Le div. et la sép.* t. III, art. 238.

Nous allons examiner maintenant l'appel en ce qui concerne les jugements.

L'article 248 est ainsi conçu : « L'appel est recevable pour les jugements contradictoires dans les délais fixés par les articles 443 et suivants du Code de Procédure civile. S'il s'agit d'un jugement par défaut, le délai ne commence à courir qu'à partir du jour où l'opposition n'est plus recevable. »

La rédaction nouvelle de l'article 248 écarte la controverse qui s'était élevée sur les jugements susceptibles d'appel en matière de divorce. L'article dit : « les jugements contradictoires, » sans distinguer entre les diverses espèces de jugements. Il donne ainsi absolument raison au système que nous soutenions antérieurement à la loi de 1886 dans notre *Manuel-formulaire.*

Les jugements définitifs seront donc toujours susceptibles d'appel, mais pour les jugements d'avant dire droit, il faut faire une distinction. Les jugements provisoires et interlocutoires seront susceptibles d'appel ; on ne pourra au contraire interjeter appel d'un jugement préparatoire avant le jugement définitif.

Appliquons de suite ces principes.

Le jugement qui ordonne l'enquête ou celui qui statue sur une fin de non-recevoir, sont des jugements interlocutoires, il faut donc décider qu'appel pourra en être in-

jeté avant le jugement définitif. Coulon, *Man. form.* art. 248. Goirand, p. 158. Carpentier, p. 159, Depeiges, p. 78.

Le jugement qui ajourne l'admission du divorce en vertu de l'art. 246 est-il susceptible d'appel ? Nous n'hésitons pas à répondre affirmativement. Cette faculté accordée contre tous les jugements préjugeant le fond, ne nous paraît sur aucun point en contradiction avec le titre et l'esprit du titre VI, liv. 1er du Code civil. Vainement on nous opposerait que ce jugement est purement dilatoire, nous lui reconnaissons un véritable caractère définitif puisqu'il lie le Tribunal qui, si le délai expiré une réconciliation ne s'est pas produite, ne saurait se refuser à admettre le divorce. C'est du moins ce qui résulte pour nous des termes impératifs de l'art. 246 et de l'extrait de l'exposé des motifs. V. Coulon, *le div. et la sép.* t. II, art. 246. Or, nous ne voyons aucune raison pour refuser aux parties le droit de faire substituer par la Cour au jugement d'ajournement un arrêt admettant ou rejetant purement et simplement le divorce. *Sic.* Coulon, *Man. form.* 5e Edit. p. 198. Goirand, p. 159. Laurent, t. III, p. 246. Frémont, nº 621. Vraye et Gode, p. 347. Bruxelles, 16 juillet 1877. Cass. belge, 21 avril 1881. Cass. belge, 28 mai 1884. V. Coulon, *le div. et la sép.* t. III, art. 246. Moraël, p. 210.

M. Depeiges, p. 79, soutient l'opinion contraire en ces termes : « Nous considérons ce jugement de sursis comme une simple décision préparatoire dont l'appel ne peut être formé que conjointement avec l'appel du jugement définitif. Il est vrai que le jugement qui impose une épreuve préjuge le fond, puisqu'il suppose que la demande est justifiée ; mais ce qui montre bien que la loi ne considère cette épreuve que comme une mesure préparatoire, c'est

qu'elle n'accorde pas à la Cour le droit de l'ordonner, et l'on ne voit guère comment la Cour pourrait maintenir ou révoquer une décision qui ne rentre pas dans ses propres attributions. » Dans le même sens, Carpentier, n° 124. Massé et Vergé, *Droit civil,* § 142, p. 161. Trib. Péronne, 6 mai 1887.

En ce qui touche les jugements statuant sur des mesures provisoires aucune difficulté ; ils sont susceptibles d'appel avant le jugement sur le fond, c'est le droit commun. Des principes ci-dessus rappelés, nous tirerons cette conclusion que les seuls jugements dont on ne pourra pas appeler seront les jugements purement préparatoires. Il en sera ainsi notamment du jugement par lequel le Tribunal, en cas d'assignation non faite à personne et de défaut faute de comparaître de la part du défendeur, ordonnerait avant faire droit, l'insertion dans les journaux d'un avis destiné à faire connaître à la partie défenderesse la demande dont elle a été l'objet.

L'appel devra être formé dans les délais de droit commun comme on le voit par les deux premiers paragraphes de l'article 248, c'est-à-dire dans le délai de deux mois. Ce délai court, pour les jugements contradictoires du jour de la signification à personne ou à domicile sauf les délais supplémentaires à raison de la distance. Art. 443 et suivants du Code de procédure.

En ce qui concerne les jugements par défaut le délai court du jour où l'opposition n'est plus recevable.

Le délai d'appel courra donc :

A l'égard des jugements contradictoires, à partir du jour de la signification.

A l'égard des jugements de défaut faute de conclure, à l'expiration de la huitaine de la signification à avoué ;

mais on sait que dans cette hypothèse la signification à partie est nécessaire pour faire courir le délai.

A l'égard des jugements de défaut contre partie signifiés à personne, à partir de l'exécution faite dans les termes de l'article 159 du Code de Procédure et dans le cas où cette exécution n'a pas eu lieu, à partir de l'expiration du mois qui suit la signification. Enfin à l'égard des jugements de défaut contre partie, non signifiés à personne, à partir de l'exécution suivant le droit commun, art. 159, Code. Proc. Civ. ou en l'absence de cette exécution, à partir de l'expiration du huitième mois qui suit le dernier acte de publicité dans les journaux. Art. 247, C. civ.

Le délai d'appel est franc, de telle sorte que si, le jour, point de départ du délai est le 4 juillet, l'appel est encore recevable le 5 septembre par application des règles de l'article 1033 du C. de proc. civ. Trib. Seine, 20 mai 1885.

En principe, l'appel est signifié au domicile de la partie contre laquelle il est interjeté. La femme n'ayant d'autre domicile que celui de son mari, art. 108, ce sera donc au domicile du mari qu'en règle générale l'appel, interjeté par le mari contre le jugement de divorce, devra être signifié.

Mais le plus souvent, durant l'instance, la femme aura été autorisée à quitter la maison commune et à avoir une résidence séparée. C'est alors à cette résidence que l'appel interjeté par le mari devra être signifié à la femme. Il est vrai que la résidence séparée de la femme, pendant l'instance en divorce, étant accidentelle et provisoire, n'a pas les caractères qui font le domicile. Mais ne serait-il pas étrange, ne serait-ce pas ouvrir la porte à la fraude, quand il s'agit d'exploits faits à la requête du mari, de charger l'adversaire de la femme de recevoir pour elle les actes qu'il lui adresse ?

Sic. en matière de séparation de corps. Nancy, 11 août 1865. S. 65. 2. 324. Dutruc, supp. aux lois de la Proc. Carré et Chauveau, t. IV, V° sép. de corps, n° 240. Rousseau et Laisney, t. VII, V° Sép. de corps, n° 193 ; en matière de divorce. Chambéry, 19 juillet 1887. Caen, 19 février 1889. Coulon, *Le div. et la sép.* t. III, art. 248. Fuzier-Hermann, art. 268, nos 22 et suiv. Massol, p. 193. Carpentier, n° 55. Curet, p. 186.

La cause s'instruit en appel à l'audience ordinaire et comme affaire urgente. Sous l'empire de la loi du 27 juillet 1884, les Cours d'appel étaient fort divisées sur la question de savoir si elles devaient juger les affaires de divorce en audience solennelle ou en audience ordinaire ; un décret du 30 avril 1885 avait mis fin à la controverse en décidant que les causes de divorce devaient être portées en appel à l'audience ordinaire. La loi de 1886 n'a fait que reproduire cette disposition du décret de 1885.

Mais que faut-il entendre par les mots « s'instruit comme affaire urgente » qu'emploie l'article 248, § 3? La question est très controversée. Si l'on se reporte aux travaux préparatoires de la loi de 1886, la seule indication que l'on trouve est contenue dans le rapport de M. Labiche, V. Coulon, *Le div. et la sép.* t. II, après avoir constaté que le paragraphe dont il s'agit, dispose que l'appel doit s'instruire à l'audience ordinaire et comme urgente, l'honorable sénateur ajoute « ceci a été prescrit pour que ces causes puissent venir même pendant les vacances judiciaires, si cela semble nécessaire. » D'où on a conclu, dans une première opinion, que la loi, employant ces mots, a simplement entendu autoriser les cours d'appel à statuer sur les instances en divorce, même pendant les vacances judiciaires. Depeiges, n° 109. Curet, n° 239.

Une autre opinion enseigne que les mots « affaire urgente » sont équivalents aux mots « affaire sommaire. » MM. Vraye et Gode qui défendent cette opinion t. I, p. 303, s'expriment en ces termes : « Pour bien connaître la portée et les conséquences à tirer de cette expression, « affaire urgente » dans l'article 248 C. civ. il est utile de se reporter aux travaux préparatoires de l'ancien article 262 du Code, puisque l'article 248 actuel a emprunté l'expression à la loi du 27 juillet 1884 qui n'avait fait elle-même que copier le législateur de 1803.

La rédaction première de l'article 262 (ancien) du Code civil, telle qu'elle fut communiquée au Tribunat, était la suivante : « En cas d'appel d'aucun jugement, soit préparatoire soit définitif, rendu par le tribunal de première instance, en matière de divorce, la cause sera instruite et jugée par le tribunal d'appel *sur le rôle des affaires urgentes.* »

Sur cette rédaction, le Tribunat présenta des observations tendant à l'addition d'un article supplémentaire (l'art. 263). Or, voici dans quels termes débutent ces observations : « Cet article (262) prescrit seulement *un bref délai* dans lequel l'appel sera jugé. Mais, etc.... »

Enfin, dans la rédaction définitive, on substitua aux mots *sur le rôle des affaires urgentes*, l'expression équivalente de *comme affaire urgente.*

Il faut nécessairement conclure de là que, pour les rédacteurs du Code civil, l'appel en matière de divorce devait être instruit et jugé à bref délai, sur le rôle des affaires urgentes.

Mais, comme ces expressions *à bref délai*, *rôle des affaires urgentes* ou encore *affaires urgentes*, correspondaient en 1803 aux dispositions des ordonnances alors en

vigueur, il y a lieu de se demander si elles ont conservé le même sens depuis le Code de procédure, ou bien si, au contraire, ne pouvant se rattacher à aucune des règles tracées par le Code, elles ne sont plus que des termes surannés, sans portée ni signification juridique, reproduits par inadvertance d'abord, dans la loi du 27 juillet 1884, puis ensuite dans celle du 18 avril 1886.

L'ordonnance de 1667, encore appliquée en 1803, prescrivait (tit. 3) certains délais pour permettre aux défendeurs de comparaître et de proposer leurs moyens de défense; toutefois cette ordonnance contenait une disposition aux termes de laquelle les juges pouvaient, pour les affaires requérant célérité, autoriser à donner assignation à bref délai. Denisart, Coll. de jurisp. V. Délai, nous apprend que ces assignations étaient d'un usage très fréquent.

Une déclaration du 15 mars 1673 relative aux appointements (décisions interlocutoires traçant les formes d'instruction d'une affaire) défendait d'intervertir les rôles de relevée; mais elle autorisait le second président de relevée à accorder, le vendredi seulement, des audiences sur placet dans les affaires qui requéraient célérité. Cette déclaration avait été confirmée et complétée par un édit de juin 1683. Enfin, un édit du 15 novembre 1689, qui trahit, comme le précédent, la préoccupation d'assurer une prompte solution aux affaires urgentes, créait au parlement un rôle spécial pour ces affaires, notamment pour « celles qui *regardaient l'état des personnes* et autres » dont l'expédition ne pouvait être retardée sans un pré- » judice trop considérable pour ceux qui y étaient inté- » ressés. »

Aussi bien, lorsque la rédaction première de l'ancien article 262 parlait du rôle des affaires urgentes, c'est as-

surément à ce dernier édit qu'elle entendait faire allusion et c'est également dans ce sens que doit se comprendre, selon nous, la rédaction définitive qui lui fut donnée.

A la vérité, l'organisation judiciaire avait été profondément modifiée lors de la confection du titre du divorce ; mais à cette même époque, la procédure établie par l'ordonnance de 1667 et les règlements postérieurs était encore la seule suivie en France, ainsi que l'avaient ordonné successivement l'article 3 du décret des 12-19 octobre 1790, l'art. 34 du décret du 6 mars 1791 et l'arrêté du 18 fructidor an VIII (5 sept. 1800).

Les demandes portées au rôle des affaires urgentes étaient l'objet d'une procédure assez sommaire — celle qui fonctionnait dans les affaires sur « appointements à mettre. » Elles figuraient donc sur un rôle spécial et étaient instruites et expédiées très rapidement.

Toute cette procédure trouve son équivalent dans notre Code de Procédure : nous avons établi plus haut que les affaires urgentes étaient des affaires qui requéraient célérité et devaient être jugées à bref délai. Quant à la procédure spéciale que nécessitaient autrefois les appointements à mettre, elle correspond à notre procédure sommaire.

Nous dirons donc que les règles suivies dans l'ancien droit, la préoccupation manifeste du législateur de 1803 aussi bien que les termes dont il s'est servi, ne laissent aucun doute sur le sens qu'il convient d'attribuer à l'ancien article 262 et au nouvel article 248 du Code civil : l'appel en matière de divorce doit être instruit comme affaire urgente ou requérant célérité, à bref délai et sur procédure sommaire.

Quant à l'argument tiré contre le système que nous soutenons, continuent MM. Vraye et Gode par M. Depeiges

du rapport de M. Labiche, il ne nous frappe pas. D'abord il faut remarquer que M. Labiche ne dit nullement comme M. Depeiges, que l'urgence doive avoir pour *unique* effet d'autoriser à juger les causes de divorce en vacation ; que M. Labiche commet une erreur lorsqu'il attribue au décret du 30 avril 1885 la règle que les instances de divorce doivent s'instruire comme affaires urgentes, attendu que ce décret n'en parle pas et que par conséquent les déductions qu'il tire sont au moins très discutables.

Ajoutons que, quel que soit le but que s'est proposé la loi, il suffit qu'elle ait décidé l'instruction d'une affaire *comme affaire urgente* et par conséquent *requérant célérité* pour que la procédure sommaire puisse seule être suivie (404 et 463 C. proc.) »

Dans une troisième opinion, professée par M. Carpentier n° 137, l'expression « affaire urgente » ne serait qu'un souvenir malencontreux de la procédure en usage sous l'empire du Code civil, procédure qui n'aurait été empruntée elle-même qu'à d'anciens règlements relatifs à la distribution des affaires dans les différents rôles des Parlements et notamment à la déclaration du 15 mai 1673. « Rien n'est moins décisif, ajoute M. Carpentier, que l'autorité des travaux préparatoires en la matière. Il y est vaguement question, il est vrai, d'autoriser les cours à statuer sur les instances en divorce même pendant les vacances judiciaires. Mais il n'apparaît en aucune façon que ce soit pour leur accorder ce pouvoir qu'on leur ait prescrit de traiter ces sortes d'affaires comme affaires urgentes. D'autre part, la nature particulièrement délicate des questions qu'elles impliquent s'accorderait mal avec la faculté qui leur serait concédée de les juger sommairement. On conçoit très bien, au contraire, qu'à raison

même de l'esprit général de la nouvelle loi qui a été d'assimiler la procédure du divorce aux procédures ordinaires, il n'y ait pas lieu de se préoccuper outre mesure d'une expression qui a pu échapper à ses rédacteurs et sur laquelle n'a été appelée, à coup sûr, d'une façon particulière ni l'attention de la Chambre ni celle du Sénat. »

Enfin dans une quatrième opinion que nous avons formulée dans notre *Manuel-formulaire*, p. 212, et que nous maintenons, l'expression « affaire urgente » n'a pas de sens juridique et ne correspond à aucune forme de la procédure: en s'exprimant ainsi le législateur a simplement voulu stimuler le zèle des magistrats, les inviter à n'apporter aucune négligence dans l'instruction, à restreindre le nombre des remises successives, en un mot à statuer promptement. Rép. Alph. de la Gaz. du Pal. V° Divorce, n° 240.

En tous cas la Cour d'appel saisie d'une demande de divorce peut ordonner une preuve, une vérification, une enquête ou telle autre opération préliminaire de nature à s'éclairer, et l'on a pu, en vertu de ces principes décider que le défendeur ayant formé une demande reconventionnelle, une enquête ayant été ordonnée peut se prévaloir des résultats de la contre-enquête sans qu'on puisse écarter les renseignements qu'elle a fournis sous prétexte qu'ils ne rentrent pas dans le cas de la simple preuve contraire. Carpentier, p. 161. Vraye et Gode, t. I, p. 309. Toulouse, 11 nov. 1886. Paris, 2 nov. 1886. Coulon, *Le div. et la sép.* t. III, art. 248. Merlin, quest. de droit V° appel, § 14, art. I, n° 6 et Répert. V° Enquête, § 4. Chauveau et Carré. Lois de proc. t. IV, p. 258, sur l'article 473, question 1706.

Les demandes reconventionnelles peuvent se produire en appel, sans être considérées comme demandes nouvelles,

V. sur la question des demandes reconventionnelles, *supra*, Chap. II, Sect. III, § 3. C. La Cour a le droit d'évocation. Cela résulte de ce que nous avons dit, à savoir qu'en appel la procédure à suivre était celle du droit commun, régie par conséquent par le Code de Procédure. Rép. Alph. *Gaz. Pal.* V° Divorce. n° 245. Liège 1er fév. 1855. Coulon, *Le div. et la sép.* t. III, art. 248. Goirand, p. 103. Vraye et Gode, t. I, p. 309.

L'appel est suspensif ; la loi ne s'en explique pas formellement, mais cette solution résulte de l'application du droit commun. L'appel produit de même l'effet dévolutif. Il a été jugé à cet égard que les questions relatives à l'exercice d'une pension alimentaire accordée par un jugement de séparation de corps ne peuvent être portées au tribunal qui a prononcé cette séparation de corps tant que le jugement n'est pas définitif ; l'appel étant dévolutif, le tribunal se trouve dessaisi. Agen, 16 mars 1886. Trib. Saint-Etienne, 7 janv. 1885. Coulon, *Le div. et la sép.* t. III, art. 248 et art. 240. Carpentier, p. 163. Mais l'effet suspensif de l'appel n'empêchera d'ailleurs nullement les tribunaux d'ordonner l'exécution provisoire de leurs décisions sur les incidents (pension alimentaire, garde des enfants, etc.) Vraye et Gode, t. I, n° 335. Goirand, p. 165 et 166. Rép. Alph. *Gaz. Pal.* V° Divorce, n° 244.

L'arrêt est rendu dans la forme ordinaire. Il est également signifié dans la forme ordinaire. S'il a été rendu par défaut, la signification doit être faite par huissier commis, art. 247 C. civ. En outre il y a lieu d'observer les règles spéciales de publicité organisées par cet article, au cas où la signification de l'arrêt rendu par défaut n'a pas été faite à personne. Vraye et Gode, t. I, p. 307. Carpentier, n° 131. Goirand, p. 154 et suiv. Tout ce que

nous avons dit, *supra*, Ch. II, Sect. III, § 5, *b*, doit recevoir son application ici.

C'est au président de la Cour, que requête sera présentée, à l'effet d'obtenir la désignation des journaux dans lesquels la publication de l'arrêt devra être faite. L'arrêt définitif de divorce rendu par défaut est susceptible d'opposition, l'opposition aura lieu dans les délais fixés par l'article 247 *in fine*.

Enfin les arrêts qui prononcent le divorce sont soumis aux publications prescrites par l'article 250 C. civ. et ils sont assujettis à un droit fixe d'enregistrement de 150 fr. Art. 49, n° 2. Loi du 18 avril 1816. Instruction de l'administration de l'Enregistrement du 5 mai 1886, n° 2726. Rép. alph. *Gaz. Pal.* V° Divorce, n° 242.

L'appel des jugements de conversion doit être débattu en chambre du conseil. — La loi du 27 juillet 1884 était muette à cet égard; mais il résultait des explications échangées au Sénat (séance du 24 juin 1884), lors de la discussion de cette loi, entre le rapporteur de la commission et M. de Marcère que la procédure exceptionnelle organisée par l'article 310 devait être suivie en appel. La loi du 18 avril 1886, pour éviter toute difficulté, a cru devoir s'en expliquer formellement. De là le paragraphe 6 de l'article 310 ainsi conçu:

« La cause en appel sera débattue et jugée en chambre du conseil, sur rapport, le ministère public entendu. L'arrêt sera rendu en audience publique. » V. sur cette question *infra*, Ch. V, § 3.

Peut-on se désister de l'appel formé en matière de divorce? C'est là une question très intéressante que nous traiterons *infra*, ch. II, sect. III, § 9. Acquiescement. Désistement.

C. Pourvoi en cassation.

Le pourvoi en cassation est admis en matière de divorce. Le délai, dit l'art. 248, § 5, court du jour de la signification à partie pour les arrêts contradictoires, et pour les arrêts par défaut du jour où l'opposition n'est plus recevable. Le législateur a consacré ici le droit commun, tel qu'il ressort de la loi du 2 juin 1862.

La signification à domicile devrait être assimilée à la signification à partie (art. 1er loi du 2 juin 1862); c'est par erreur que l'article 248 ne mentionne que la signification à partie. Le projet et l'article 248, § 5, tel qu'il est sorti des délibérations du Sénat, contenaient purement et simplement ces mots « à partir du jour de la signification. » *Sic*, Goirand, p. 168. Les articles 4, 5, 6 et 7 de la loi du 2 juin 1862 s'appliqueront également en ce qui touche les délais de distance.

Ces articles sont ainsi conçus :

Article 4. « Les délais fixés par les articles 1 et 3 relativement au pourvoi en cassation et à la comparution des défendeurs, seront augmentés de huit mois en faveur des demandeurs ou défendeurs absents du territoire français de l'Europe ou de l'Algérie, pour cause de service public, et en faveur des gens de mer absents de ce même territoire pour cause de navigation. »

Article 5. « Il est ajouté au délai ordinaire du pourvoi, lorsque le demandeur sera domicilié en Corse, en Algérie, dans les îles Britanniques, en Italie, dans le Royaume des Pays-Bas et dans les Etats ou Confédérations limitrophes de la France continentale, un mois. — S'il est domicilié dans les autres Etats, soit de l'Europe, soit du littoral de

la Méditerranée et de celui de la mer Noire deux mois. — S'il est domicilié hors d'Europe, en deçà des détroits de Malacca et de la Sonde, ou en deçà du cap Horn, cinq mois. — S'il est domicilié cap Horn, huit mois. — Les délais ci-dessus seront doublés pour les pays d'outre-mer, en cas de guerre maritime. »

Article 6. « Les mêmes délais seront ajoutés : — 1° Au délai ordinaire accordé au demandeur, lorsqu'il devra signifier l'arrêt d'admission dans l'un des pays désignés en l'article précédent ; — 2° Au délai ordinaire réglé par l'article 3, lorsque les défendeurs domiciliés dans l'un de ces pays devront comparaître sur la signification de l'arrêt d'admission. »

Article 7. « Lorsque le délai pour la comparution sera expiré sans que le défendeur se soit fait représenter devant la Cour, l'audience ne pourra être poursuivie que sur un certificat du greffier constatant la non-comparution du défendeur. »

Le pourvoi sera formé et instruit comme en toute autre matière civile.

Il n'entre pas dans les attributions de la Cour de Cassation de connaître en eux-mêmes des faits allégués à l'appui d'une demande en divorce, la cour de Cassation ne connaissant pas du fond des affaires. Cass. B. 3 nov. 1826 et 6 janvier 1881. *Pandectes Belges.* V° Divorce, p. 652.

Mais cette règle doit être entendue raisonnablement. Si la cour de cassation doit prendre les faits tels qu'ils ont été admis par le jugement attaqué, elle a le droit de vérifier si la *qualification* que leur a donnée le juge du degré inférieur est juridiquement exacte, c'est-à-dire s'ils rentrent dans une des catégories de causes de divorce admi-

ses textuellement par la loi. La cour suprême a le droit de vérifier en toutes matières l'exactitude de la qualification juridique Cela ne subit d'exception que dans les cas où la loi elle-même n'a pas défini la matière, s'en remettant au juge du soin de déterminer si les éléments nécessaires pour autoriser la qualification sont réunis dans l'espèce. Il est alors doublement souverain : pour *constater* les faits, et pour les *qualifier*. Ainsi, la définition de l'adultère, des excès, résulte nettement de la loi, ou des travaux préparatoires. Leur définition est donc *légale* et, dès lors, leur qualification l'est aussi. Mais il en est autrement pour les sévices et les injures graves. C'est par simple interprétation qu'on les détermine. Cela est surtout vrai pour les injures graves, où le juge du fond non seulement recherche si elles existent, mais apprécie encore si elles sont suffisantes pour accueillir le divorce. *Pandectes belges.* V° Divorce, p. 652.

Le pourvoi en cassation sera suspensif, dit le dernier paragraphe de notre article 248. Rien de plus sage ; s'il ne l'était pas, le jugement pourrait être exécuté et le demandeur pourrait faire transcrire son divorce et convoler à un second mariage. On comprend aisément les difficultés inextricables résultant de cette situation, si la décision venait à être cassée, le législateur a donc agi prudemment en dérogeant à la règle générale sur ce point. Mais il est bien évident que cette considération a été la principale cause, pour ne pas dire la seule cause, de cette dérogation. Cela résulte notamment du passage suivant des observations présentées par le Tribunat sur le projet de rédaction définitif du titre du Divorce. « On a cru, y est-il énoncé, que » le pourvoi, devait être suspensif, parce qu'il s'agit d'une » chose irréparable par sa nature. Il est plus convenable,

» dans ce cas, de suspendre *la prononciation du divorce.* »
Il convient d'ajouter que l'art. 35 du projet élaboré par le Conseil d'État, lequel est devenu l'ancien art. 263 du C. civ. aujourd'hui art. 248, était muet sur le pourvoi en cassation. C'est la section du Tribunat qui « pour éviter une incertitude qui pourrait se former dans une matière sur laquelle on sort en plusieurs points des règles ordinaires », a cru nécessaire de spécifier que le pourvoi en cassation était maintenu « contre les jugements rendus sur la demande en divorce, comme sur les autres », et que garder le silence sur ce point ce serait sans doute établir « une faveur contraire à l'esprit du projet et aux principes ».

Aussi, ne comprenons-nous pas la controverse qui existe sur le point de savoir si cette exception s'applique aux pourvois formés contre tous les jugements, qu'ils soient préparatoires, interlocutoires ou définitifs ou si, au contraire, elle ne vise que le jugement définitif. Pour nous, le doute n'est pas possible, c'est ce dernier système qu'il faut adopter. Comme premier argument, nous invoquons le motif exposé ci-dessus et qui a donné naissance à cette exception ; les mêmes inconvénients ne pouvant résulter de l'exécution des jugements interlocutoires, nous en concluons que la disposition dont il s'agit ne vise que les jugements définitifs. Comme deuxième argument, nous disons que cet effet attribué au pourvoi étant une dérogation à la règle générale, doit être interprété *stricto sensu.* Donc, à notre avis, le pourvoi formé contre le jugement définitif doit seul bénéficier de cette disposition parce qu'il est évident que ce que le législateur a voulu c'est éviter une exécution « irréparable », si la décision venait à être cassée par la cour souveraine. C'est d'ailleurs

l'opinion que nous avons soutenue dans notre *Manuel formulaire*, p. 215. M. Carpentier partage notre manière de voir, p. 165. Mais nous nous hâtons d'ajouter contrairement à un arrêt de Cour de Paris du 7 février 1889, V. Coulon, *le Div. et la Sép.* t. III, art. 248, que nous estimons que le pourvoi est suspensif, qu'il s'agisse d'un arrêt admettant ou rejetant le divorce et nous sommes absolument d'accord avec MM. Vraye et Gode, p. 311, qui s'expriment en ces termes : « le pourvoi n'a d'effet suspensif que s'il est dirigé contre un arrêt accueillant ou rejetant une demande de divorce. Il n'en est pas de même lorsqu'il est dirigé contre les arrêts statuant sur des incidents ou ordonnant des mesures provisoires » ; dans le même sens, Moraël, p. 217. Bruxelles, 29 décembre 1881. Besançon, 1er juin 1885. Dijon, 30 décembre 1886. Coulon, *le div. et la séparation*, p. 374. — *Contra*, Trib. Charolles, 7 mai 1885, et Paris, 7 fév. 1889, l'arrêt de la Cour de Paris est ainsi formulé : « Considérant que si l'article 248 C. civ. *in fine*, dispose que le pourvoi en cassation en matière de divorce est suspensif de sa nature, cette disposition ne saurait s'entendre qu'en ce qui concerne le jugement définitif prononçant le divorce; qu'en effet si, contrairement aux règles du droit commun, les pourvois en cassation ont été déclarés suspensifs en cette matière, ce n'a été que dans le but d'éviter les graves inconvénients qui pourraient résulter au point de vue de l'état civil, de la célébration d'un nouveau mariage avant qu'il ait été statué définitivement sur la régularité de la décision ayant eu pour effet de rompre le lien conjugal. » On voit en lisant cette décision qu'elle n'est opposée au système que nous soutenons qu'en ce que nous étendons à tous les arrêts définitifs l'effet suspensif du pourvoi, mais

qu'ainsi que nous elle écarte *a fortiori* l'effet suspensif attribué par certains auteurs et certaines décisions de justice à tous les jugements ou arrêts en matière de divorce.

Les partisans de ce dernier système apportent à l'appui de leur manière de voir les arguments suivants : ils font remarquer que la disposition de l'article 248 C. civ. qui proclame qu'en matière de divorce le pourvoi est suspensif, est conçue en termes généraux ; puis, que l'article 248 parle des arrêts contradictoires, et que cette substitution de la forme du pluriel à celle du singulier employée par l'ancien article 263, laquelle pourrait antoriser certaines hésitations, ne doit pas passer inaperçue ; qu'elle est caractéristique et qu'il faut en dire autant de la suppression des articles 262, 264, 265 C. civ. dans lesquels il n'était certainement question que de l'arrêt qui autorisait le divorce ; de là réunion dans le même article en ce qui concerne le point de départ du délai, des règles de l'appel et du pourvoi en cassation ; que de ce fait enfin que les prescriptions des deux premiers paragraphes de l'article 248 s'appliquent indistinctement à tous les jugements susceptibles d'appel il faut conclure que son dernier paragraphe vise également tous les arrêts susceptibles d'un pourvoi en cassation. Comment, ajoutent-ils en présence de ces circonstances et de ces considérations, admettre que le législateur de 1886 a eu la pensée de réserver l'effet suspensif au seul pourvoi dirigé contre l'arrêt qui prononce ou qui rejette le divorce.

Il ne faut pas oublier, disent-ils encore, que les inconvénients graves que le législateur a voulu prévenir en donnant, en cette matière effet suspensif au pourvoi, peuvent être la conséquence de la cassation d'un arrêt purement incidentel. Un arrêt a ordonné une enquête ; si

le pourvoi formé contre cet arrêt interlocutoire n'était pas suspensif, il pourrait se faire que l'arrêt qui aurait prononcé le divorce fût annulé par voie de conséquence, parce que l'interlocutoire qui lui aurait servi de base serait cassé postérieurement, et que l'un des époux fût ainsi institué en état de bigamie légale. Comment admettre que l'éventualité d'un pareil résultat ait échappé au législateur et que, l'ayant aperçue, il n'ait pas pris les mesures nécessaires pour en prévenir les conséquences légales ? Poulle, Rec. Smets. 1888, p. 122. Depeiges, p. 81. Curet, n° 248. Besançon, 1er juin 1885. Dijon, 30 déc. 1886. Alger, 24 juin 1890. Trib. Seine, 27 mai 1887. Coulon, *Le div. et la sép.* t. III, art. 248.

Ajoutons que dans les deux systèmes, on doit reconnaître que le pourvoi ne suspendrait pas l'exécution d'un arrêt ordonnant des mesures provisoires prescrites pour la durée de l'instance. La décision qui ordonne ces mesures, qu'elle soit un arrêt ou un jugement doit être considérée comme exécutoire par provision.

- Mais l'effet suspensif du pourvoi s'étend-il aux dispositions contenues dans l'arrêt définitif qui concernent les enfants, à celles intéressant les biens et généralement aux mesures définitives prescrites par l'arrêt ; incontestablement oui, car il est impossible de ne pas attacher un caractère indivisible au pourvoi. Vraye et Gode, t. I, p. 311. Moraël, p. 217. Poulle, Rec. Smets 1888, p. 122. Curet, n° 248. Besançon, 1er juin 1885. Dijon, 30 déc. 1886. Alger, 24 juin 1890. Trib. Seine, 27 mai 1887. Liège, 23 mai 1881. Coulon, *Le div. et la sép.* t. III, art. 248. L'opinion contraire a pourtant été soutenue. Dalloz 1886. 2. 64 à la note. Bruxelles, 29 décembre 1881. Coulon et Faivre, *Jurisp. du Div.* p. 309. Frémont, p. 314.

« Mais, disent MM. Vraye et Gode, p. 311, il faut remarquer que l'opinion de M. Frémont et la doctrine professée par l'arrêt de Bruxelles du 29 décembre 1881 se réfèrent à un état de choses antérieur à la loi du 18 avril 1886. Avant cette loi, il pouvait y avoir doute et il était permis de se demander si l'effet suspensif du pourvoi ne s'étendait pas à toute décision rendue en matière de divorce, tandis que la loi du 18 avril 1886 ne laisse pas, suivant nous, subsister le même doute. En effet, l'article 247 du Code civil prescrit des mesures de publicité pour le jugement ou l'arrêt *qui prononce le divorce* et l'article 248 du même Code, qui s'occupe de l'appel et du pourvoi en cassation, se réfère pour le point de départ du délai du pourvoi à l'article 247, ce qui paraît indiquer qu'il ne s'agit dans l'article 248 que du pourvoi contre un arrêt définitif prononçant le divorce.

C'est à l'occasion de l'interprétation de la législation antérieure à 1886 que M. Frémont et l'arrêt de Bruxelles ont émis l'opinion invoquée par l'arrêtiste dans le Recueil de Dalloz comme contraire à la nôtre. Mais c'est à tort qu'on voudrait lui donner cette portée. En réalité, M. Frémont et la Cour de Bruxelles professent la même doctrine que nous. Que disent-ils, en effet, tous deux ? Que l'effet suspensif du pourvoi ne s'étend pas aux arrêts incidents ; rien de plus ! C'est justement ce que nous avons soutenu dans notre première édition et ce que nous venons encore d'exprimer. Mais l'on ne saurait conclure de là que les mesures *définitives* prescrites par l'arrêt qui admet ou qui rejette le divorce échappent à l'effet suspensif du pourvoi. Ce n'est pas un arrêt incident qui les a prononcées.

Lorsqu'il y a pourvoi, les mesures provisoires prescrites subsistent, car l'instance n'est pas terminée. C'est

même une conséquence de l'effet suspensif du pourvoi puisque, à raison de cet effet, aucune des dispositions définitives de l'arrêt, destinées à remplacer les mesures provisoires prescrites, ne peut recevoir d'exécution.

L'effet suspensif s'exerce, avons-nous dit, dès qu'il y a pourvoi. Peu importe que l'arrêt ait rejeté ou prononcé le divorce. On nous objectera que cette solution est bien large; que le but de la loi, en donnant au pourvoi un effet suspensif a été d'empêcher l'exécution de l'arrêt qui *prononce* le divorce tant qu'une voie de recours subsiste encore, parce que cette exécution pourrait avoir des conséquences irréparables; que ce motif n'existe plus quand la demande de divorce est rejetée. Cette objection n'est certes pas sans valeur. Mais les termes de l'article 248 C. civ. sont trop généraux pour ne pas admettre l'effet suspensif du pourvoi dans les deux cas. En matière d'arrêt prononçant sur une demande de divorce, le pourvoi est toujours suspensif.

L'arrêt de Besançon a fait avec raison une application de cette règle dans une espèce qui était assurément la plus défavorable qui pût se présenter. Il s'agissait d'un mari dont la demande de divorce avait été rejetée tandis que la demande reconventionnelle en séparation de corps formée par la femme avait été accueillie. » Ce n'est pas seulement le pourvoi lui-même qui est suspensif, mais encore le délai du pourvoi. C'est ainsi que l'ancien art. 265 doit être interprété. La cour de Cassation Belge l'a jugé le 28 nov. 1822 en cassant un arrêt de la Cour de Liège du 21 juin 1822. *Pandectes Belges*, V° *Divorce*, n° 871.

Le pourvoi en cassation s'applique à la séparation de corps comme au divorce, mais il résulte des termes des articles 248 et 307 C. civ. combinés que l'effet suspensif du pourvoi n'a pas lieu en matière de séparation de corps.

Cet effet suspensif du pourvoi en cassation se produira cependant, même en matière de séparation de corps, lorsque la Chambre des députés aura voté le projet de loi qui lui est actuellement soumis et qui a pour objet des modifications à apporter au régime de la séparation de corps.

Les dispositions de l'article 248 § 5 doivent s'appliquer à la conversion du jugement de séparation de corps en divorce en vertu de l'article 310, nous en disons autant du § 6, qui rend le pourvoi suspensif. Il ne nous semble pas qu'un doute puisse exister sur ce point : le caractère suspensif du pourvoi a été édicté pour empêcher, en cas d'admission de la demande en divorce, un second mariage que la cassation de l'arrêt annulerait postérieurement ; c'est un moyen préventif employé par crainte du désastre que pourrait causer l'exécution immédiate de l'arrêt de la Cour. Or ce motif s'applique à toute décision admettant le divorce, et par suite à la conversion. Il présente, il est vrai, moins de danger dans cette matière, puisque le large pouvoir d'appréciation accordé au juge par la loi implique une extrême rareté de cassation ; mais il suffit que le fait puisse se produire pour qu'il soit nécessaire d'en éviter les conséquences.

D. de la requête civile. De la tierce opposition.

La requête civile, ce moyen extraordinaire qui ne suspend jamais l'exécution du jugement, est-elle admise en matière de divorce? Antérieurement à la loi de 1886, la question était controversée et nous nous exprimions en ces termes dans notre troisième édition de notre *Manuel formulaire*.

« L'appel et le pourvoi en cassation, sont-ils les seuls

modes de réformation admis en matière de divorce? En d'autres termes la voie de recours de la requête civile, organisée par les articles 480 et s. C. pr. civ., peut-elle être employée dans la matière qui nous occupe? La question peut paraître douteuse même aux partisans de la règle générale que nous avons posée sur l'art. 242, et qui consiste à emprunter les dispositions du Code de procédure, toutes les fois qu'elles ne sont pas en contradiction avec le texte ou l'esprit du titre du divorce. La raison de douter provient de ce qu'aux termes de l'art. 497, C. proc. civ., la requête civile ne suspend pas l'exécution du jugement et qu'en matière de divorce, cette voie de recours est sans objet si la décision attaquée peut être exécutée puisque son exécution est irréparable. Nous pensons néanmoins que ce mode de réformation s'applique aussi bien au divorce qu'à toutes les autres instances et cela parce que le titre VI, liv. I, du C. civ. ne contient rien qui déroge sur ce point à la loi générale, sauf en ce qui concerne l'effet de l'emploi de ce mode de réformation.

Si on nous objecte que le législateur, qui parle dans l'article 263 de l'appel et du pourvoi en cassation et fixe les délais pour recourir à ces modes de réformation, garde le silence sur la requête civile, nous répondrons que c'est précisément parce qu'il n'en parle pas qu'on peut l'employer en matière de divorce. En effet, la requête civile existait de droit commun; si le législateur avait voulu l'interdire, il se serait expliqué nettement: or, rien n'autorise à lui prêter cette intention.

L'objection tirée du non effet suspensif de cette voie de recours ne nous arrête pas davantage.

A notre avis, dans le dernier paragraphe de l'article 263, « le pourvoi sera suspensif », le mot pourvoi est synonyme

de recours et comprend non seulement ce que nous entendons aujourd'hui par pourvoi, c'est-à-dire l'acte qui défère à la Cour de cassation une décision en dernier ressort, mais encore l'acte contenant requête civile et même l'acte d'appel. En se reportant à l'ordonnance de 1667 qui, nous l'avons déjà dit, était la règle générale pour la procédure au moment de l'élaboration et de la promulgation du Code civil, on acquiert la conviction que le mot « pourvoi » était synonyme du mot « recours ». « Permettons de se pourvoir, par » simple requête à fin d'opposition, contre les arrêts et » jugements en dernier ressort, qui auraient été rendus à » faute de se présenter ou en audience à faute de plaider, » pourvu que la requête soit donnée dans la huitaine du » jour de la signification à personne ou domicile de ceux » qui seraient condamnés, s'ils n'ont constitué procureur, » ou au procureur quand il y en a un, si ce n'est que la » cause ait été appelée à tour de rôle, auquel cas *les parties* » *ne se pourront pourvoir* contre les arrêts et jugements en » dernier ressort intervenus en conséquence que *par re-* » *quête civile.* » (Art. 3, tit. XXXV, ord., avril 1667.) « Les » ecclésiastiques, les communautés et les mineurs seront » reçus à se *pourvoir par requête civile.* » (Art. 3, tit. XXXV, ord., avril 1667.) « Celui qui aura obtenu requête » civile et en aura été débouté, ne sera plus recevable à » *se pourvoir par une autre requête civile.* » (Art. 41, tit. XXXV, ord., avril 1667.)

Notre Code de procédure qui a été élaboré à la même époque et presque par les mêmes hommes, porte également la trace de l'emploi des mêmes mots pour désigner le recours par voie de requête civile ou par voie de cassation ou par voie d'appel « tant que le condamné sera dans

le délai de se *pourvoir* par appel, requête civile ou cassation, etc. » (Art. 241, C. pr. civ.) « L'Etat, les communes, les établissements publics et les mineurs, *seront encore reçus à se pourvoir*, s'ils n'ont été défendus ou s'ils ne l'ont été valablement. » (Art. 481, C. pr. civ.) « Si la partie condamnée est décédée dans les délais ci-dessus fixés *pour se pourvoir*, etc. » (Art. 487, C. pr. civ.) « Aucune partie ne pourra *se pourvoir en requête civile*, etc. » (Art. 503, C. pr. civ.)

Enfin, dans l'article 263 lui-même on trouve un exemple frappant de ce que nous avançons. Quand le législateur prend soin de dire « Le délai pour se pourvoir *à la Cour de Cassation* », c'est qu'évidemment il craint qu'il ne s'établisse une confusion s'il ne spécifiait de quel pourvoi il entend parler. Dans le § 2, au contraire, la confusion n'étant plus à craindre puisqu'il entend parler de toutes les voies de recours, il dit simplement « le pourvoi » sans distinguer entre les diverses juridictions.

Les raisons de déroger à la règle générale quant au pourvoi en cassation, étant les mêmes pour y déroger quant au pourvoi en requête civile et le législateur n'ayant pas expressément précisé ce qu'il fallait entendre par ces mots « le pourvoi sera suspensif », nous estimons qu'ils doivent être entendus selon le langage de l'époque, sans chercher à établir une corrélation nécessaire entre le pourvoi en cassation dont il est parlé dans le § 1er de notre article et le pourvoi que le § 2 déclare suspensif, et qu'on doit en induire que tous les recours contre les jugements définitifs de divorce sont suspensifs. »

Nous devons reconnaître qu'à cette époque, la doctrine était généralement contre l'opinion que nous soutenions. Voir notamment, Laurent, t. III, n° 249. Carpentier, n° 108.

L'article 17 du projet de loi présenté par le gouvernement (art. 249 actuel) était ainsi conçu :

« Le jugement ou l'arrêt qui prononce le divorce ne peut être exécuté qu'autant qu'il n'est plus susceptible d'aucune voie de recours de la part des parties. Il ne peut être attaqué par la voie de la requête civile. » L'exposé des motifs justifiait ainsi la dernière partie de cette disposition. « Cet article n'appelle qu'une observation. Il est formellement déclaré que la voie de la requête civile ne sera pas ouverte contre les jugements de divorce. Le point de départ du délai pour introduire la requête civile est variable. Il est impossible en cette matière de laisser pendant un temps indéterminé la décision sous le coup d'une révision possible. » Cette observation avait paru d'autant plus juste au rapporteur de la commission, qu'il supposait avec raison qu'en matière de divorce on userait peu de cette voie. « Il est facile de comprendre, disait-il, qu'en cette matière il y a bien peu de chance de voir se produire une requête civile ; n'y aurait-il pas plus d'inconvénients que d'avantages... à assurer l'exercice d'un droit... qui ne sera pour ainsi dire jamais appliqué. » Il ajoutait cependant : « Toutefois votre commission ne se dissimule pas qu'il y a là une question assez délicate et qu'on pourra peut-être trouver préférable de ne pas créer ainsi une exception au droit commun. Le Sénat appréciera. » Lors de la délibération au Sénat, on proposa de supprimer cette disposition. Le commissaire du gouvernement chargé de suivre les débats de la nouvelle loi devant la haute assemblée, M. Forichon, s'éleva vivement contre cette suppression. Il fit remarquer que les causes de requête civile étaient très nombreuses, qu'elle constituait une voie de recours susceptible de se prolonger pendant fort longtemps et qu'il

pourrait arriver, si on en consacrait l'usage, qu'elle se révélât à une époque, où le premier mariage étant rompu, une autre union lui aurait succédé, rendue plus intéressante encore par la survenance d'enfants. — M. X. Blanc répondit que c'était là une hypothèse qui pouvait se produire également après une instance en annulation de mariage, et que cependant on reconnaissait universellement dans ce cas la possibilité de recourir à la requête civile. — M. Delsol alors fit remarquer qu'il n'y avait pas à se préoccuper du point de savoir si la reqnête civile serait ou non d'un emploi fréquent : que tout le monde, en effet, était en désaccord sur ce point, puisque le rapporteur de la commission la déclarait inapplicable en pratique et que le commissaire du gouvernement en faisait au contraire l'objet des combinaisons machiavéliques de tous les conjoints divorcés. Il conclut en disant que le Sénat ne devait considérer la requête civile que comme un *ultimum subsidium* qui pourrait être utile dans certains cas déterminés. — M. Forichon ayant répliqué que le sort des enfants de la première union le touchait aussi vivement en ce qui le concernait que celui des enfants nés de la seconde, parce que ceux-ci seraient la plupart du temps traités comme nés d'un mariage putatif, et que les délais exorbitants de cette voie de recours ne manqueraient pas d'être une menace perpétuelle pour les uns et les autres, M. Oudot proposa un amendement aux termes duquel ce délai dans la plupart des cas devrait être ramené à six mois à compter du jour de la signification prévue par l'art. 384, C. pr. civ. mais le Sénat, sur les observations de M. Allou, rejeta également le projet de la commission et l'amendement qui y était proposé. V. Coulon, *Le div. et la sép.* t. II. Débats parlementaires, art. 249.

Il résulte de ce qui précède que la requête civile est admise en matière de divorce conformément aux termes du droit commun.

En matière de séparation de corps, la question n'a jamais fait de doute, c'est là la conséquence du principe énoncé dans les articles 239 et 307 du Code civil et 879 du Code de procédure qui décident que les formes de l'instruction et du jugement de la demande sont les mêmes que celles de toute autre action civile.

La procédure relative à la requête civile, en matière de divorce est aussi celle du droit commun.

Le ministère public est recevable à se pourvoir par voie de requête civile contre les jugements et arrêts rendus en matière de divorce ou de séparation de corps, mais à la condition toutefois d'avoir figuré dans l'instance comme partie principale. L'article 480 du Code de procédure est, en effet, conçu en termes généraux et admet la rétractation des jugements sur la requête de ceux qui y « auront été parties. » Il faut entendre ces mots du texte dans le sens de partie principale ; le rôle du ministère public comme partie jointe, quand il donne ses conclusions, ne suffit pas à le faire renvoyer au nombre des parties qui jouissent du droit de présenter requête civile. Vraye et Gode, t. I, p. 420. Comp. Dalloz. Rép. V° Requête civile, n° 43. Massol, Sép. p. 212, note 2.

Notons de suite et avant de voir les effets de la requête civile qu'il peut se présenter telle hypothèse où l'emploi de la requête civile sera très utile. Le défaut de motifs ne donne pas, en effet, ouverture à cassation, lorsqu'il y a en même temps omission de statuer. Il y a lieu en ce cas à la requête civile. Cass. 11 mai 1885, S. 86. 1, 16.

Les effets de la requête civile peuvent être très graves.

L'époux qui se serait remarié verrait son nouveau mariage annulé. Si c'était le mari, les enfants nés de sa nouvelle union seraient adultérins. Si c'était la femme, les enfants nés de ce second mariage seraient légitimes et auraient pour père le premier mari. Cependant si le second mariage a été contracté de bonne foi, il produit tous les effets d'un mariage putatif tant à l'égard des enfants nés de ce mariage qu'à l'égard des époux qui sont de bonne foi. Paris, 9 messidor an XIII. S. 1805. 2. 291. Vraye et Gode, t. II, n° 840. Rép. *Gaz. Palais*. V° Divorce, n° 252.

Dans la plupart des cas, dans les cas les plus ordinaires où la requête civile est admise, les résultats fâcheux que l'on redoute ne se produiront pas, car l'article 483 du Code de procédure fixe un délai de deux mois à dater de la signification du jugement dans lequel la requête civile doit être signifiée. Il n'en sera pas de même, il est vrai, si le conjoint qui peut invoquer l'un des cas prévus par l'article 480 C. pr. civ. était mineur, puisque dans ce cas le délai ne court contre lui que du jour de la signification du jugement faite depuis sa majorité à personne ou à domicile, mais cette hypothèse se présentera bien rarement. Restent les délais spéciaux fixés par l'art. 488. C. pr. civ. D'après cet article, si c'est le faux, le dol ou la découverte de pièces nouvelles qui donnent ouverture à la requête civile, les deux mois ne courent que du jour où, soit le faux, soit le dol, auront été reconnus ou les pièces découvertes, s'il y a d'ailleurs dans ces deux derniers cas preuve par écrit du jour. C'est là encore une hypothèse assez difficile à concevoir en matière de divorce et dans laquelle la nouvelle famille est intéressante, mais où la famille que le dol et le faux ont détruite l'est au moins autant, d'ailleurs dans ce cas comme dans les autres, ainsi que nous l'avons dit

plus haut la présomption de bonne foi couvrira le conjoint et ses enfants, de sorte que tous les effets civils du nouveau mariage subsisteront et que le coupable seul sera atteint. Vraye et Gode, t. II, p. 365. Curet, p. 194.

Disons en terminant que dans le cas de révision prononcée en vertu de la loi du 5 juillet 1867, et la condamnation criminelle sur laquelle a été basé un jugement de divorce, comme dans le cas d'amnistie, la requête civile n'est pas admissible.

Mais dira-t-on, la condamnation n'existant plus, le jugement manque de base et le divorce doit tomber, non, répondrons-nous, le jugement avait acquis l'autorité de la chose jugée au moment où le divorce a été prononcé et rien ne peut prévaloir contre lui. D'ailleurs ces deux hypothèses ne peuvent rentrer dans aucun des dix cas d'ouverture à requête civile prévus par le Code de procédure. V. dans le même sens, Vraye et Gode, t. II, n° 842.

Les créanciers qui, ainsi que nous l'avons dit plus haut Ch. II, sect. I, ne peuvent demander le divorce ou la séparation de corps, ni intervenir dans l'instance pourront cependant attaquer le jugement de divorce ou de séparation de corps par la voie de la tierce opposition, lorsque ce jugement préjudiciera à leurs droits et qu'il aura été obtenu par les conjoints dans une intention dolosive. C'est là l'application pure et simple des principes posés par l'art. 1167 du Code civil donnant aux créanciers le droit d'attaquer en leur propre nom les actes de leurs débiteurs faits en fraude de leurs droits et ce sans distinguer entre les jugements et les contrats. D'ailleurs l'article 66 du Code de commerce reconnaît formellement ce droit aux créanciers de l'époux commerçant, et il n'y a aucune raison de le restreindre à cette hypothèse. La

seule différence à signaler, c'est que, s'il s'agit d'un commerçant, les créanciers n'ont qu'une année pour se pourvoir contre le jugement qui prononce le divorce, conformément à l'art. 66 du Code de commerce précité, tandis que, s'il s'agit d'un non-commerçant, leur action est recevable pendant trente ans. Si la décision est annulée sur tierce-opposition, l'annulation ne se produit bien entendu qu'en ce qui touche les intérêts des créanciers : les effets de la décision subsistent entre les parties. *Sic*, Rép. Gaz. Pal. V° Divorce, n° 250. Curet, n°s 244. 247. De Folleville, Rec. Smets. 89, n° 24. *Contra*, Depeiges, p. 82 et Carpentier, n° 147, qui n'admettent pas la tierce-opposition en matière de divorce, et MM. Vraye et Gode, t. I, n° 362, qui n'autorisent la tierce-opposition que pendant un an à partir de la publication de la décision que le mari soit ou non commerçant. Comp. encore dans le même sens, Bioche, V° Tierce-Opposition, n° 19. Cass. 7 novembre 1838. Dalloz, V° Sép. de corps, n° 431.

§ 9. *Acquiescement. — Désistement.*

Avant la loi du 18 avril 1886, c'était une question controversée de savoir si le jugement ou l'arrêt prononçant le divorce était susceptible d'acquiescement.

D'après une première opinion, cette question devait être résolue affirmativement. Sans doute, disait-on dans ce système, la matière du divorce tient à l'ordre public, et ne peut être l'objet d'une transaction ; mais il n'en est pas moins vrai que le divorce est tout au moins susceptible d'acquiescement tacite, puisque l'époux condamné peut, en n'exerçant aucun recours contre la décision qui a prononcé le divorce, lui laisser acquérir autorité de chose ju-

gée. Or, si l'acquiescement tacite est valable, pourquoi l'acquiescement exprès serait-il nul ? Vainement objecterait-on que la loi prohibe le divorce par consentement mutuel, et que l'acquiescement donnerait au divorce le caractère de divorce volontaire, on oublie ainsi qu'il y a une décision qui a admis le divorce. Si donc le divorce a lieu, c'est parce que le juge l'a admis ; l'acquiescement vient seulement confirmer ce que le juge a fait ; le divorce résulte, non pas du consentement du défendeur, mais de la sentence du magistrat, Laurent, t. III, n° 248. V. en ce sens, MM. Frémont, n°s 331, 648 et suiv. ; Goirand, p. 99, Vraye et Gode, 1re éd., p. 693 ; Carpentier, n° 186, p. 196. *Adde*, en matière de séparation de corps, Nancy, 22 juillet 1876, S. 1878. 2, 103. — P. 1878, 459 et les renvois ; *Rép. gén. du dr. franç. V. Acquiescement*, n. 76 et suiv. V. au surplus, *C. civ. annoté*, par M. Fuzier-Hermann, sur l'art. 307, n° 109.

D'après une seconde opinion, au contraire, le caractère d'ordre public des jugements ou arrêts qui prononcent le divorce s'opposait à ce que ces jugements ou arrêts soient susceptibles d'acquiescement. En effet, disait-on dans ce système, tout acquiescement suppose une convention. Or, la convention qui a pour objet la dissolution du mariage est nulle et sans effet, puisque la loi prohibe le divorce par consentement mutuel. On ajoutait d'ailleurs que, si l'acquiescement était possible aux jugements ou arrêts de divorce, il serait trop aisé d'éluder, par un acquiescement donné au jugement, la prohibition du divorce par consentement mutuel. V. en ce sens, Cass. 18 août 1807, et les renvois de la note. *Adde* dans le même sens, en matière de séparation de corps, les arrêts cités en note sous Nancy, 22 juillet 1876 précité ; et *Rép. gén. du dr. fr.*, V° *Acquiescement*, n° 75.

C'est à cette dernière opinion que s'est rallié le législateur de 1886, en inscrivant dans l'art. 249, C. civ., modifié par la loi précitée du 18 avril 1886, la disposition suivante : « Le jugement ou l'arrêt qui prononce le divorce n'est pas susceptible d'acquiescement ». La rédaction première de cet article, adoptée en première lecture par le Sénat, V. Coulon, *Le div. et la sép.* t. II, art. 249, était différente; elle disposait: « Le jugement ou l'arrêt qui prononce le divorce ne peut être exécuté qu'autant que, par l'expiration intégrale des détails légaux, il n'est plus susceptible d'aucune voie de recours de la part des parties. » Dans l'intervalle entre les deux délibérations au Sénat, la commission a modifié la rédaction de l'art. 249, et, sous sa forme actuelle, il a été voté sans discussion par le Sénat dans la séance du 22 déc. 1885, après que le rapporteur, M. Labiche, eut ainsi expliqué les motifs qui avaient amené le commission à apporter cette modification au texte de l'art. 249: « C'est absolument ce que nous avions dit dans notre première rédaction ; seulement, quelques-uns de nos collègues ayant manifesté avec insistance leur préférence pour l'autre rédaction, comme cette nouvelle rédaction n'a pas d'inconvénients, nous l'avons adoptée afin de simplifier le débat. » Coulon, *Le div. et la sép.* t. II, 1re partie, p. 247. 2e partie, p. 338.

Aucune controverse n'est donc plus possible aujourd'hui, en présence du texte formel de l'art. 249, sur ce point que le jugement ou arrêt prononçant le divorce ne peut être l'objet d'un acquiescement *exprès*. Mais l'art. 249 a-t-il pour effet d'interdire aussi bien l'acquiescement *tacite* que l'acquiescement *exprès*? En d'autres termes, l'époux contre lequel le divorce a été prononcé peut-il, par des actes d'exécution donnés au jugement ou à l'arrêt

pendant que ce jugement ou cet arrêt sont encore susceptibles de recours, s'interdire l'accès des voies de recours par lesquelles il pouvait demander soit la réformation, soit la cassation de la décision intervenue?

Une première observation doit être faite. Il est de toute évidence qu'en interdisant l'acquiescement aux jugements ou arrêts de divorce, l'art. 249 n'a pas imposé à l'époux condamné l'obligation d'exercer contre le jugement ou l'arrêt admettant le divorce les voies de recours dont ce jugement ou cet arrêt est susceptible; il est libre, en n'interjetant pas appel du jugement, en ne formant pas de pourvoi en cassation contre l'arrêt, de laisser acquérir à la décision rendue contre lui l'autorité de la chose jugée.

Mais l'époux condamné peut-il, par des actes d'exécution donnés au jugement ou à l'arrêt, alors qu'il est encore dans les délais légaux pour l'attaquer, se fermer toute voie de recours contre ce jugement ou cet arrêt? Il semble bien que le texte de l'art. 249, rapproché des travaux préparatoires, commande de répondre négativement à cette question.

L'art. 249 interdit d'acquiescer aux jugements ou arrêts de divorce ; ce texte ne fait aucune distinction entre l'acquiescement exprès et l'acquiescement tacite ; il faut en conclure que l'un et l'autre sont également sans effet, et que, malgré les actes d'exécution par lui donnés au jugement ou à l'arrêt, l'époux condamné n'en est pas moins recevable à interjeter appel du jugement ou à se pourvoir en cassation contre l'arrêt. S'il en était autrement, il faut bien convenir que l'efficacité de la disposition de l'art. 249 serait purement illusoire, puisque l'interdiction d'acquiescer serait aisément éludée au moyen d'actes d'exécution qui, tout en ayant le même effet que l'acquiescement

exprès, ne contreviendraient pas à la défense portée par l'art. 249.

Le rapprochement des travaux préparatoires doit confirmer l'interprétation ainsi donnée à l'art. 249. La première rédaction de cet article, ainsi que nous l'avons vu, interdisait *toute exécution* du jugement ou arrêt de divorce tant que les délais dans lesquels il pouvait être frappé de recours ne seraient pas expirés ; en d'autres termes, ce texte avait pour effet d'interdire aussi bien le consentement qui serait donné par l'époux condamné à l'exécution, c'est-à-dire l'acquiescement exprès, que les actes d'exécution auxquels il pourrait se prêter, et dont on pourrait induire un acquiescement tacite de sa part aux dispositions du jugement ou de l'arrêt. Avec cette rédaction, la question de savoir si la décision prononçant le divorce était susceptible d'acquiescement tacite ne pouvait même pas se poser, puisque les actes d'exécution, desquels seuls pouvait s'induire l'acquiescement tacite, étaient formellement interdits. Or, nous l'avons également constaté en nous appuyant sur les explications fournies par le rapporteur, la modification apportée à la rédaction de l'art. 249 n'a pas eu pour objet et ne peut dès lors avoir pour effet d'en changer le sens ou d'en restreindre la portée ; on a seulement voulu donner à la disposition une formule plus précise, et il en faut conclure que, sous sa rédaction actuelle, l'art. 249 interdit aussi bien l'acquiescement tacite résultant des actes d'exécution donnés au jugement ou à l'arrêt de divorce que l'acquiescement exprès.

C'est dans ce sens qu'a décidé un arrêt de la Cour de Caen du 19 février 1889, en disant que la signification sans protestations ni réserves du jugement de divorce, à la re-

quête de l'un des époux, ne rendait pas cet époux irrecevable à interjeter appel. En effet, si la signification sans protestations ni réserves d'un jugement ou d'un arrêt, peut constituer un acquiescement de la part de celui de qui émane la signification, V. Cass. 14 mai 1884, motifs, S. 1885. 1. 61. — P. 1885. 1. 134, la note et les renvois. *Adde*, *Rép. gén. des dr. franç.*, V° *Acquiescement*, n. 3465 et suiv., c'est évidemment à la condition que la partie qui fait signifier le jugement ou l'arrêt puisse y donner un acquiescement valable.

A l'inverse, un arrêt de la Cour de Chambéry, du 19 juillet 1887, V. Coulon, *Le div. et la sép.* t. III, art. 249, a déclaré irrecevable dans son appel d'un jugement de divorce l'époux qui, après ce jugement, a comparu devant le notaire chargé de la liquidation de la communauté, sous prétexte que, par l'exécution ainsi donnée à ce jugement, l'appelant y aurait acquiescé, méconnaisant, à notre avis, la disposition de l'art. 249, C. civ., ou tout au moins l'interprétation que cet article nous paraît comporter, et d'après laquelle l'acquiescement tacite est interdit, en matière de divorce, aussi bien que l'acquiescement exprès.

Aucun doute ne peut subsister, nous semble-t-il, après l'arrêt de la Cour de Cassation du 23 octobre 1889 ainsi conçu :

« Attendu qu'aux termes de l'art. 227, le mariage n'est dissous par le divorce qu'autant que ce divorce est légalement prononcé, à raison des causes et suivant les formes prescrites par la loi et notamment à la suite d'une action en justice intentée et suivie en conformité des dispositions des art. 234 et suivants du Code civil ;

» Attendu que d'après le nouvel art. 249 dudit Code, loi du 18 avril 1886, le jugement ou l'arrêt qui pro-

nonce le divorce n'est pas susceptible d'acquiescement;

» Attendu que, dès lors, lorsqu'à la suite d'un jugement rendu en ces matières, l'une des parties a régulièrement investi les juges d'appel, il est du devoir de ceux-ci d'examiner si le divorce qui a été prononcé par les premiers juges a été légalement déclaré, et il ne peut dépendre de l'appelant par son abstention à soutenir régulièrement l'appel qu'il a interjeté, de mettre la Cour d'appel dans l'impossibilité d'exercer le contrôle dont la loi lui fait un devoir de l'obliger à maintenir un divorce qu'elle considérerait comme ayant été irrégulièrement prononcé.

» Attendu que cette règle dans la matière spéciale dont s'agit, fait exception au principe posé par l'article 434 du Code de procédure civile, relativement au défaut-congé. »

Cet arrêt a été rendu après un rapport de M. Féraud-Giraud dont voici les parties essentielles :

« La dame G..., journalière, épouse du sieur M..., journalier, demeurant à Essonnes, vous dénonce un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, le 18 février 1888, à son préjudice et au profit de son mari.

C'est dans le cours d'une instance en divorce qu'est née la difficulté soumise à votre examen, qui porte sur l'application de divers articles du Code de procédure civile relatifs au défaut-congé.

Sur une demande en divorce formée par la dame M... contre son mari, devant le Tribunal de Corbeil, il intervint, le 12 janvier 1887, un jugement par défaut autorisant la demanderesse à faire la preuve des faits qu'elle articulait contre son mari; sur l'opposition de ce dernier, intervint un jugement contradictoire de déboutement, et les enquête et contre-enquête ayant eu lieu, le 3 août

1887, le Tribunal de Corbeil prononça le divorce aux torts du mari, condamna celui-ci à fournir à la demanderesse une pension de 300 francs et confia l'enfant à la garde de la mère.

Le 8 novembre 1887, M... a interjeté appel de ce jugement et il a assigné sa femme devant la Cour de Paris, avec constitution de Me Pochet, avoué, pour en entendre prononcer la réformation.

La dame M... constitua pour la représenter devant la Cour Me Devaureix, avoué ; celui-ci signifia ses conclusions en confirmation, et le 6 février 1888, il donna avenir à Me Pochet pour conclure à l'audience du 11. A l'audience de ce jour, la cause fut renvoyée à huitaine en l'état de défaut requis, Me Pochet ne s'étant pas présenté pour conclure.

Le 18 février, Me Devaureix, au nom de la dame M... se présenta à la barre, requit défaut contre le défaillant et contre Pochet, son avoué, faute de conclure et pour le profit l'adjudication de ses conclusions précédemment prises.

Le dispositif de ces conclusions tendait à ce qu'il plût à la Cour :

« Déclarer l'appel nul et de nul effet ;

» Subsidiairement non recevable ;

» Plus subsidiairement, au fond, adoptant les motifs des premiers juges, mettre l'appellation au néant, ordonner que ce dont est appel sortira son plein et entier effet, etc. »

Le ministère public ayant été entendu, il a été rendu l'arrêt attaqué ;

» La dame M... s'est pourvue en cassation, en se prévalant de ce que l'arrêt attaqué aurait fait une fausse application des articles 149 et 150 du Code de procédure

civile et violé les articles 154, 434 et 470 du même Code, en ce que la Cour prononçant contre l'appelant un arrêt de défaut, faute de conclure, a infirmé néanmoins la décision des premiers juges.

Le défaut, dit la demanderesse en cassation, peut provenir du fait du défendeur ou de celui du demandeur.

Le défendeur fait défaut :

1° Si, après l'ajournement, il ne constitue pas avoué, il y a alors défaut contre partie, faute de comparaître ou de constituer avoué ;

2° Si l'avoué constitué ne conclut pas, il y a alors défaut contre avoué ou faute de conclure.

Quant au demandeur, devant les juridictions où l'intervention de l'avoué est obligatoire, la demande ne se produisant en justice qu'avec constitution d'avoué, si celui-ci ne comparaît pas il ne peut y avoir lieu qu'au défaut faute de conclure. C'est le cas de la cause actuelle. Il est vrai que c'est en appel que nous nous trouvons, mais le mémoire fait remarquer que la jurisprudence est fixée d'une manière unanime et invariable pour reconnaître que l'appelant doit être considéré comme un véritable demandeur devant la juridiction du second degré, où il porte l'affaire.

Et alors il pose ainsi la question que vous avez à résoudre : « La Cour peut-elle, en donnant défaut faute de conclure contre un appelant, vérifier les conclusions de l'intimé, avant de le renvoyer de la demande ? »

Le pourvoi soutient que, d'après les textes, comme d'après la doctrine de la jurisprudence, la question doit être résolue négativement.

La question que soulève le pourvoi nous paraît présenter un sérieux intérêt.

Les articles 149, 150 et 154 du Code de procédure ci-

vile ne nous paraissent pas assez formels pour en tirer la conséquence, que la demande doit être rejetée sans examen dès que le demandeur ne se présente pas. L'article 149 se borne à dire que si le défendeur ne se présente pas, il sera donné défaut, et l'article 150 ajoute que les conclusions du demandeur qui en requiert l'adjudication seront admises si elles se trouvent justes et bien vérifiées. La situation dans le cas où c'est le défendeur qui ne comparaît pas est, dès lors, nettement établie. Il n'en est pas de même de celle du demandeur non comparaissant pour lequel l'article 154 se borne à dire que le défendeur pourra prendre défaut, sans autre explication. Nous devons reconnaître toutefois que, en rapprochant ces articles de l'ancienne ordonnance et de l'article 434 du Code de procédure civile au titre de la procédure devant les Tribunaux de commerce, les conclusions qu'en tire le pourvoi pourront paraître justifiées. L'article 434, comme vous le savez, porte en effet: si le demandeur ne se présente pas, le Tribunal donnera défaut et *renverra le défendeur de la demande,* et il ajoute : « Si le défendeur ne comparaît pas, il sera donné défaut, et les conclusions du demandeur seront adjugées si elles se trouvent justes et bien vérifiées ».

Donc la théorie qu'on vous propose de sanctionner ne manque pas de base, mais quelque simple et nette qu'elle paraisse, lorsqu'il s'agit de l'appliquer, elle ne laisse pas que de donner naissance à de sérieuses difficultés.

Ainsi voilà un demandeur qui a porté sa réclamation devant le Tribunal ; au jour de l'audience du Tribunal civil ou du Tribunal de commerce (la Cour comprend pourquoi nous prévoyons distinctement ces deux cas, à cause de l'absence d'un officier ministériel dans le second) à ce

jour, disons-nous, il ne comparaît pas, le Tribunal, à la requête du défendeur, donne défaut et le renvoie. Quel sera le caractère juridique de cet acte? Les uns disent: il n'a d'autre effet que de congédier le défendeur de l'assignation que celui-ci a reçue. Mais, le fond n'ayant pas été examiné, il n'empêche pas le demandeur de former ultérieurement une demande nouvelle. Les autres, et vous êtes du nombre (17 juin 1856, S. 56, 1, 506), disent: il y a chose jugée, et cet acte emporte déboutement de la demande au fond. Enfin, dans un troisième système, on soutient que, si le Tribunal s'est borné à renvoyer le défendeur sans examen, la demande pourra être reproduite; si, au contraire, il a examiné le mérite de la demande, mais alors seulement, il y aura chose jugée. (Cette question, sous l'ancienne législation comme sous le Code, a donné lieu à de graves et perpétuels débats que M. A. Gauthier a résumés dans une dissertation insérée par Syrey, t. 57, 1, 506 note.)

La Cour de cassation arrive ainsi à décider qu'une demande qu'elle n'examine pas, et par suite qu'elle repousse sans en donner aucun motif, puisqu'elle déclare ne pas vouloir en connaître, n'est pas fondée ; que voulez-vous ? Ce résultat ne peut être de nature à satisfaire tout le monde et nous comprenons qu'on ait essayé de s'y soustraire en excipant de l'exposé des motifs présenté au Corps législatif par M. Faure au nom du Tribunat.

Jusqu'ici nous sommes en présence de la demande portée devant le Tribunal du premier degré, avançons avec la procédure. Le Tribunal a statué contradictoirement et la partie condamnée sur la signification qui lui est faite de la décision se pourvoit par appel. Devant la juridiction supérieure, après cet appel, l'avoué constitué ne conclut pas ;

lorsque l'intimé se présentera et demandera son relaxe et par suite les confirmations du jugement, la Cour devra-t-elle faire droit à ces conclusions sans examen du jugement?

On dit oui, parce que l'appelant est un demandeur devant la Cour d'appel, que, dès lors, les règles admises en première instance au point de vue de l'obligation pour le demandeur de se présenter pour conclure et plaider sont ici applicables. A l'appui de cette prétention on cite l'article 470 du Code de procédure civile: « Les autres règles établies pour les Tribunaux inférieurs seront observées dans les Tribunaux d'appel. » Il faut le reconnaître, la généralité de cette disposition vient sérieusement au secours du pourvoi et cependant cette généralité doit-*elle être* entendue d'une manière assez large pour pouvoir être appliquée à des situations qui n'ont qu'une analogie extérieure et purement apparente? Le demandeur dont la *cause* arrive devant un Tribunal avec une assignation ne portant que sa prétention, sans autre explication ou justi*fication*, a une situation complètement différente de celui qui arrive en appel après une instruction complète et soumet à la Cour d'appel la légalité et la régularité du jugement rendu contre lui, et ce n'est pas devant vous que l'on soutiendra que la régularité d'une décision de justice ne peut *pas* être vérifiée utilement en l'absence de l'une des parties.

Ajoutez que le rejet de l'appel, quelque caractère qu'on attribue à cet acte en l'absence du demandeur implique nécessairement et forcément la confirmation du jugement, car dans les conditions de délai où il intervient il est impossible d'y suppléer par une nouvelle instance. Puis l'effet de l'appel n'est-il pas de remettre tout en question et surtout le mérite de la demande et alors dans notre espèce (car enfin il faut toujours en revenir à l'affaire qui vous

est dévolue), n'était-ce pas à la dame M.., demanderesse en divorce, à justifier que le jugement avait à bon droit accueilli cette demande.

Telles sont, Messieurs, les observations préliminaires que nous avons cru devoir vous présenter dans cette affaire, pour justifier combien est grave la question et pour vous indiquer pourquoi, sans vous convier à abandonner en principe le système du pourvoi, il ne faudrait cependant pas dans son application, en étendre les effets à certains cas qui, tout au moins, doivent rester réservés.

Nous disons que nous ne vous proposons pas d'abandonner le système défendu par le pourvoi et cela par respect pour votre jurisprudence antérieure que nous connaissons être persistante et formelle.

Vous avez en effet décidé que dès que l'appelant fait défaut, le jugement dont il poursuit la réformation « pouvait » et vous avez même parfois ajouté « devait » être confirmé sans vérification. Nous devons même déclarer en rapporteur exact que, en dehors des quatre arrêts que cite dans ce sens le mémoire, on peut en joindre un assez grand nombre d'autres qui plus ou moins directement et formellement ont admis le principe. Le mémoire cite : 18 juillet 1831, S. 31, 1, 399, D. 31, 2, 239; 31 mars 1845, D. 45, 1, 176, S. 45, 1, 417; 31 juillet 1849, D. 49, 5, 263; 24 février 1857, S. 57, 1, 510.

On peut ajouter : 7 février 1811, 4 février 1819, 18 avril 1820, 14 et 26 février 1828, S. 28, 1, 153 ; 26 août 1831, S. 31, 1, 399 ; 14 août 1832, S. 33, 1, 311 ; 17 avril 1837, S. 37, 1, 284 ; D. 37, 1, 289 ; 3 décembre 1849, D. 50, 1, 29 ; 17 juin 1856, D. 57, 1, 37, S. 57, 1, 504. Cour de cassation belge, 17 janvier 1846. D. 46, 2, 239. Cependant, ce n'est pas qu'il y eut encore quelques réserves à

faire à raison de cette jurisprudence; si certains arrêts disent à la fois que la Cour peut et doit rejeter l'appel sans examen, d'autres se bornent à dire « peut », ce qui a amené bien des arrêtistes, tout en admettant que la Cour n'est pas tenue d'examiner la demande au fond, à soutenir que si elle ne le doit pas elle le peut. V. D. 45, 1, 176, note.

Ceci étant dit et ces concessions faites, examinons l'espèce actuelle.

Il s'agit du mariage et de sa dissolution, c'est-à-dire de l'établissement de la constitution de la famille, des droits sociaux des conjoints et de leurs enfants, n'est-ce pas là une matière tenant à l'ordre public ?

Il s'agit spécialement d'un divorce, c'est-à-dire de la dissolution du mariage, de la rupture du lien conjugal, ne suffit-il pas de dire que rien de pareil n'est laissé à l'arbitraire des citoyens, ne peut être l'objet de conventions privées, d'accords volontaires, de transactions, de stipulations d'aucune sorte, notamment de désistement ou d'acquiescement ?

Le divorce par consentement mutuel, notre loi l'a aboli. Le divorce ne peut être prononcé que par l'autorité judiciaire ; la demande doit être instruite et jugée dans des conditions déterminées par la loi et le divorce prononcé dans les cas qu'elle prévoit.

Donc cette matière est spécialement réservée à l'autorité judiciaire qui ne peut s'abstenir et se borner à sanctionner l'acquiescement de l'une des parties.

On dit pour justifier les défauts congés avec les effets légaux qu'on veut leur attribuer, que c'est en cas d'appel le résultat de l'acquiescement au jugement donné par l'appelant après réflexion.

Nous répondrons avec l'article 249 de la loi du 18 avril 1886 : « Le jugement ou l'arrêt qui prononce le divorce n'est pas susceptible d'acquiescement ». Casser l'arrêt de la Cour de Paris qu'on vous défère, ce serait, selon nous, violer de la manière la plus formelle cet article. »

En ce qui concerne la séparation de corps, il nous semble qu'on doit décider que l'acquiescement est autorisé, d'ailleurs il y a à l'appui de cette opinion une jurisprudence constante antérieure et postérieure à la loi de 1886. Aix, 14 décembre 1837. S. 38. 2. 290. Cass. 21 août 1838. S. 38. 1. 688. Pau, 7 janvier 1851. S. 51. 2. 36. Nancy, 22 juillet 1876. S. 78. 2. 103. Douai, 22 avril 1891. *Gaz. Pal.* 19 mai 1891. Coulon, *Le div. et la sép.* t. III, art. 249. De plus, l'article 249 ne parle que du divorce et ne peut être étendu à la séparation de corps, d'autant plus que l'article 307 C. civ., qui déclare que les articles 236 à 244 C. civ. relatifs à la procédure du divorce seront applicables à la séparation de corps, exclut ainsi d'une manière formelle la règle rigoureuse et impérative de l'article 249. C. Civ. *Sic*, Vraye et Gode, n° 456. Poulle, Rec. Smets. 1887, p. 205.

La question en ce qui concerne l'acquiescement étant tranchée, il nous reste à examiner la question de savoir si le conjoint contre lequel un jugement a prononcé le divorce et qui a fait appel est recevable à se désister de l'acte d'appel. Les avis sont partagés. Le question ne se présente plus d'ailleurs aujourd'hui absolument dans les mêmes termes qu'autrefois : l'article 249 C. civ. prohibant d'une manière formelle l'acquiescement, il s'agit uniquement de savoir, en définitive, si le désistement équivaut à l'acquiescement. Dans un premier système on dit : le désistement ne saurait être admis parce qu'il équi-

vaut à une transaction : or, on ne peut transiger sur les questions qui intéressent l'ordre public comme les questions d'état. De plus l'article 249 C. civ. modifié défend d'acquiescer au jugement ou à l'arrêt qui prononce le divorce. Se désister de l'acte d'appel ce serait indirectement, d'une part, acquiescer au jugement, et, d'autre part, divorcer par consentement mutuel. Cass. 17 août 1807. S. 7. 1, 513. Cass. 2 janv. 1823. S. 23. 1. 88. Colmar, 8 août 1823. S. 34. 2.227. Douai, 31 juillet 1847. S. 48. 2. 39. Caen, 28 mars 1849. S. 49. 2. 198. Demolombe, t. IV, p. 559, n° 488. Curet, n° 238. Talandier, de l'appel, p. 77. Villequet, p. 174. Carré et Chauveau, quest. 1584, t. IV, p. 27, et t. VII, supp. § 10, p. 483. Dans le second système que nous adoptons et que nous trouvons résumé d'une façon très substantielle dans un article de M. R. Madic paru dans la *Loi* du 4 avril 1886, on répond :

La question s'est posée, dans la pratique, de savoir si l'époux contre lequel le divorce a été autorisé peut valablement se désister de l'appel qu'il a interjeté du jugement autorisant le divorce. — Quelques personnes résolvent négativement cette question ; d'autres émettent des doutes sur le sens de la réponse qui doit y être faite.

Elles allèguent, en effet, qu'on ne peut transiger sur une question d'état ; qu'on ne peut pas davantage acquiescer à un jugement rendu en pareille matière, et que le désistement de l'appel d'un jugement autorisant le divorce serait tout à la fois une transaction et un acquiescement. Elles ajoutent qu'un pareil désistement, s'il était valable, constituerait une violation de la règle posée par la loi du 27 juillet 1884, qui prohibe le divorce par consentement mutuel.

Ces raisons, à notre avis, ne sont point fondées, et il ne nous paraît pas inutile de l'établir.

Il est bien vrai, en premier lieu, qu'on ne peut transiger sur les questions d'état, pas plus que sur toute question intéressant l'ordre public, et il est certain aussi que la question soulevée par toute instance en divorce est une question d'état. Mais il ne s'ensuit aucunement qu'on ne puisse se désister de l'appel d'un jugement rendu en pareille matière.

C'est une erreur, en effet, de confondre le désistement avec la transaction. La transaction porte sur le fond du droit qui fait l'objet de l'instance; c'est une renonciation à l'action. Le désistement, au contraire, emporte seulement renonciation à l'instance, renonciation qui ne touche en rien le fond du droit : d'où cette conclusion semble découler naturellement qu'en principe on peut se désister en toutes matières, même en celles qui ne souffrent pas de faire l'objet de transactions. Assurément, il arrive souvent qu'une partie ne se désiste de l'instance par elle introduite, ou de l'appel qu'elle a interjeté, qu'à la suite d'une transaction. C'est même le cas le plus fréquent et dans ce cas la partie qui s'est désistée a bien renoncé à son droit lui-même, à son action ; mais ce n'est point par son désistement qu'elle y a réussi, c'est par la transaction à laquelle elle a consenti et dont le désistement n'a été que l'exécution. Un désistement qui se produirait au cours d'une instance relative à une question d'état dans de semblables conditions, c'est-à-dire à la suite d'une transaction, serait nulle sans doute. La transaction ne serait pas seulement sans valeur, parce qu'il n'est pas permis de faire des conventions sur les droits inhérents à la condition des personnes; le désistement lui-même n'em-

porterait aucun effet parce qu'il ne serait que l'exécution d'un contrat illicite. Mais le désistement pur et simple, le désistement qui n'est pas l'abandon du droit, qui est seulement l'abandon de l'exercice actuel du droit, pourquoi donc ne serait-il pas permis même en matière d'état ? En me désistant de mon instance je ne fais aucune transaction ; je n'aliène en rien mes droits : je manifeste seulement l'intention de ne pas continuer pour le moment à en user et de même qu'il m'est certainement permis de ne pas les exercer, pourquoi me serait-il défendu de ne pas continuer l'exercice que j'en ai commencé, c'est-à-dire de me désister ? L'ordre public n'est évidemment pas plus intéressé dans l'une que dans l'autre de ces deux hypothèses.

Le désistement est donc toujours permis ; voilà la règle. Ce principe, il est vrai, a reçu certaines exceptions dont se prévalent les partisans de la doctrine que nous combattons. Mais ces exceptions, il est facile de le montrer, sont fondées sur des raisons spéciales aux cas pour lesquels elles ont été établies. Ainsi il a été jugé qu'on ne peut se désister d'une instance en interdiction ; pourquoi ? Parce qu'une action en interdiction est intentée, non pas dans l'intérêt du demandeur mais dans l'intérêt du défendeur, c'est-à-dire dans l'intérêt d'une personne dont la fortune, les droits, l'existence, sont confiés à la sauvegarde de la société. Par le fait seul que l'instance est introduite il y a présomption que la personne contre laquelle elle est introduite a besoin d'être protégée. Dans ces conditions on comprend très bien qu'il n'appartient pas au demandeur de se désister de l'instance et de soustraire ainsi l'imbécile ou le dément à la tutelle de la loi. Nancy, 15 juin 1865 : D. P. 66. 2, 142. La justice est saisie, elle doit rester saisie. — On nous dit

qu'il a été jugé pareillement qu'on ne peut se désister d'une action en réduction du prix porté dans un traité de cession d'office. Nous croyons que la jurisprudence n'a jamais décidé qu'une chose sur ce point, à savoir que, la matière de cessions d'office étant d'ordre public, la transaction aux termes de laquelle le cessionnaire s'engage à ne pas réclamer une réduction de prix est nulle ; nous admettrions volontiers, cependant, que la partie qui a intenté une action en réduction de prix ne pût se désister même de son instance : car, de même qu'en matière d'interdiction l'introduction de l'instance a créé une présomption de l'incapacité et du besoin de protection du défendeur, de même le fait qu'une action a été intentée en réduction du prix d'un office crée une présomption que cet office a été cédé à un prix trop élevé, que la cession a été faite irrégulièrement ou frauduleusement. Or l'Etat a intérêt à faire la lumière sur de semblables fraudes ou irrégularités, et c'est pourquoi, comme en matière d'interdiction, les tribunaux une fois saisis devraient rester saisis.

Nous apercevons donc très bien le motif pour lequel la jurisprudence décide qu'on ne peut se désister en matière de réduction de prix d'un office. C'est que l'ordre public exige, soit dans l'intérêt du défendeur, soit dans l'intérêt de la régulière transmission des charges, que ces affaires, une fois entamées, soient jugées.

Mais ce motif, qui a dicté ces exceptions, n'existe évidemment point dans l'action en divorce pas plus que dans la plupart des actions intéressant l'état des personnes. Ces actions touchent bien à l'ordre public en ce sens que l'ordre public est intéressé à ce que l'état des personnes ne fasse pas l'objet de conventions contraires aux lois qui régissent les droits personnels ; mais il n'est pas intéressé à ce que

ces actions soient visées. Une action en réclamation d'état, en séparation de corps, en divorce, est intentée ; peu importe à l'ordre public que Paul soit fils de Pierre ou de Jacques, que tels époux soient ou non séparés de corps ou divorcés. La société n'a nul intérêt à ce que l'instance commencée soit poursuivie jusqu'au bout.

La jurisprudence établie en matière d'interdiction ne saurait donc nous être opposée. Et, d'ailleurs, comment ceux qui soutiennent que le désistement d'un appel interjeté d'un jugement autorisant le divorce n'est pas valable pourraient-ils se prévaloir de cette jurisprudence ? Cette jurisprudence décide, en effet, que le désistement ne peut avoir lieu en première instance, et cela se conçoit, étant données les raisons sur lesquelles elle est fondée. Mais les personnes dont nous combattons l'opinion vont-elles jusqu'à dire que le demandeur en divorce ne peut se désister en première instance? Non, elles ne sauraient aller jusque-là ; ni l'esprit, ni les termes de la loi ne leur permettent de soutenir une pareille thèse. La réconciliation des époux n'est-elle pas le désistement, non seulement de l'instance mais encore de l'action ?

Ainsi donc le désistement d'une instance en divorce est permis au demandeur, en première instance, et le désistement d'un appel interjeté d'un jugement autorisant le divorce serait défendu ! Quelle serait donc la raison de cette distinction ?

C'est que, dit-on, le désistement d'un appel revêt un caractère particulier que n'a pas le désistement du demandeur en première instance ; le désistement de l'appel, c'est un acquiescement au jugement ; or on ne peut acquiescer aux jugements rendus en matières touchant à l'ordre public.

Il nous semble que cet argument n'est que la reproduction, sous une autre forme, de celui auquel nous avons déjà répondu et qu'il repose sur une confusion de même nature. Pas plus qu'un désistement n'est une transaction, pas plus on ne saurait considérer le désistement d'un appel comme un acquiescement au jugement rendu en première instance. Acquiescer à un jugement, c'est s'engager à l'exécuter ; c'est s'obliger à ne point l'attaquer ; mais se désister d'un appel, ce n'est point contracter une semblable obligation, car, encore une fois, le désistement pur et simple, et c'est celui-là seul dont nous nous occupons, porte uniquement sur l'instance, sur la procédure, et non sur le fond du droit, en notre cas particulier, sur l'appel interjeté et non sur le droit de faire appel ; de ce que je me suis désisté de mon appel il ne résulte pas que j'ai renoncé, si je suis encore dans les délais, à ne plus appeler. Je m'explique : j'interjette appel; quelques jours après je me désiste, et mon désistement est accepté par la partie adverse ; quel est l'effet de ce désistement ? L'art. 403 du Code de procédure civile nous le dit : les choses seront remises de part et d'autre au même état qu'avant la demande, c'est-à-dire, ici, avant mon appel. Donc, si les délais ne sont pas expirés, je pourrai, nonobstant mon désistement d'un premier appel, en interjeter un second. Donc un désistement d'appel n'est pas un acquiescement au jugement, et ainsi tombe l'argument que nous combattons.

Mais, nous objecte-t-on, le plus souvent le désistement ne se produira qu'après l'expiration des délais d'appel, au cours de l'instance en appel, et à ce moment, le désistement ne serait-il pas, en fait, sinon en droit, un acquiescement ? Oui, nous le reconnaissons, ce désistement em-

portera en fait acquiescement ; mais, même en matière d'état, cet acquiescement survenu à ce moment sera valable. Pourquoi ? Précisément parce qu'il sera survenu à un moment où l'appel ne pourrait plus être interjeté, et qu'il équivaudra purement et simplement à l'abstention d'exercer le droit d'appel. Or, cette abstention est parfaitement légitime et légale. En laissant écouler le délai de deux mois sans interjeter appel du jugement autorisant le divorce à la requête de son conjoint, n'est-il pas vrai qu'en réalité j'acquiesce à ce jugement, et cependant vous ne me contestez pas le droit de ne pas appeler. C'est qu'il faut bien se rendre compte de la raison qui interdit d'acquiescer à un jugement rendu en matière d'état. Cette raison est que l'on ne peut faire aucune convention relative aux droits et à la condition des personnes, que l'on ne peut en rien restreindre sa liberté concernant l'exercice de ces droits. Ce qui est défendu au regard d'un jugement rendu en pareille matière, c'est de s'engager à ne point l'attaquer tant qu'on sera dans les délais de le faire, c'est de conclure une convention limitant les droits que la loi vous donne et vous impose ; mais la loi ne vous oblige pas à user de ces droits ; elle vous permet d'accepter le jugement en n'y faisant pas appel, et il semblerait, en conséquence, bien illogique qu'ayant pu ne pas attaquer le jugement, je ne puisse me désister de mon appel si je reconnais, par la suite, que c'est à tort et *ab irato* que je l'ai interjeté. Disons donc que l'acquiescement donné au jugement sous forme de désistement d'appel par le défendeur originaire, après l'expiration des délais d'appel, n'est point un acquiescement prohibé par la loi.

Reste la troisième objection : permettre le désistement de l'appel, c'est admettre une sorte de divorce par con-

sentement mutuel. L'appel, dit-on, en effet, a remis en question la solution du procès et a rétabli les choses comme elles étaient avant la décision des premiers juges ; si vous déclarez que le désistement de l'appel est valable et, par conséquent, que l'époux demandeur originaire doit l'accepter, soit de plein gré, soit dans le cas où il résiste, en vertu d'une décision judiciaire, il arrivera qu'en réalité le divorce se trouvera admis du fait de la volonté de l'époux défendeur originaire et du consentement de l'autre. Tel est le dernier argument de nos adversaires ; la faiblesse nous en paraît évidente.

Si cet argument avait quelque force il mènerait logiquement à dire que le défendeur originaire dans une action en divorce devra nécessairement faire appel du jugement qui a autorisé le divorce contre lui ; car ne pourrait-on pas soutenir aussi qu'en n'interjetant pas appel, en n'attaquant pas une décision qu'il est censé pouvoir faire tomber, il arrive à faire prononcer le divorce par la seule volonté de son conjoint et par l'acquiescement tacite qu'il y donne ? — Sans doute, d'ailleurs, l'appel a remis en question le jugement de première instance ; mais le désistement de l'appel a précisément pour résultat de le faire revivre dans toute sa force, et quand les époux se retrouvent en présence d'une décision judiciaire admettant le divorce, rendue en connaissance de cause et par les juges compétents, nous ne voyons pas par quelle subtilité on peut soutenir, faisant abstraction de cette décision, que le divorce résulte du consentement mutuel des parties. Mais non ; il sera prononcé bien évidemment en vertu du jugement de première instance.

En matière de séparation de corps la jurisprudence après s'être laissée influencer un instant, il est vrai, par

les arguments que nous venons de combattre, n'a pas tardé à reconnaître qu'un époux peut valablement se désister de l'appel qu'il a interjeté d'un jugement prononçant la séparation de corps contre lui, considérant, disait un arrêt de la Cour de Paris du 19 janvier 1843, que l'époux condamné, « qui pouvait ne pas appeler du jugement, a le droit de se désister de son appel ; qu'il n'existe dans la loi aucune exception aux règles ordinaires pour les cas de séparation de corps. » Et depuis, elle a constamment suivi la règle posée par la Cour de Paris : 16 janvier 1849, Poitiers, D. P. 2. 47 ; 11 mai 1853, Civ. rej. D. P. 53. 1. 158 ; 5 novembre 1853, Orléans, D. P. 55. 2. 89 ; 26 janvier 1854, Colmar, D. P. 55. 2. 176. Elle a décidé pareillement qu'un époux peut se désister de l'opposition à l'arrêt rendu par défaut contre lui et prononçant la séparation de corps : 5 novembre 1853, Orléans, D. P. 55. 2. 89, et que le désistement d'un appel contre un jugement prononçant la séparation de corps est valable alors même qu'il est consenti dans un acte qualifié transaction si, des stipulations contenues dans cet acte et uniquement relatives à la liquidation de la communauté, il n'est résulté aucune lésion au préjudice du désistant et si le désistement n'a été pour lui le prix d'aucun sacrifice : 11 mai 1853, Civ. rej. D. P. 53. 1. 158. Nancy, 22 juillet 1876. S. 78. 2. 103. Paris, 8 déc. 1890. *Gaz. Pal.* 90. 2. 661. V. Coulon, *Le div. et la sép.* t. III, art. 248.

La jurisprudence a persisté dans cette doctrine depuis le rétablissement du divorce. Paris, 8 juin 1885. Paris, 20 janvier 1886. Paris, 2 avril 1886. Cass. 29 janvier 1890. Paris, 8 décembre 1890. Nancy, 17 janvier 1891. V. ces arrêts, Coulon, *Le div. et la sép.* t. III, art. 248. V. aussi Rép. *Gaz. Pal.* V° Divorce, p. 730.

Nous concluons de tout ceci qu'un époux peut valablement se désister de l'appel par lui interjeté d'un jugement autorisant le divorce ou la séparation de corps à la requête de son conjoint. *Sic*, Coulon, *Man.-form.* 5e Edit. art. 249. G. Poulle, Rec. Smets 1887, p. 193 et suiv. Carpentier, p. 163, n° 141. Depeiges, n° 110. Rousseau et Laisney, Rec. périod. 1888, art. 1435, p. 108. Vraye et Gode, t. I, n° 350. Goirand, p. 166. Aubry et Rau, t. V, § 493, p. 192. Laurent, t. III, n° 248. Bioche, *Dict. de proc.* V° Aquiescement, n° 16. De Folleville, Rec. Smets, 1889, p. 209.

Il faut maintenant ajouter pour être complet que la recevabilité du désistement étant admise en la matière, la jurisprudence décide en général que la partie à laquelle il est signifié a le droit de le faire constater par une décision judiciaire, Paris, 2 juin 1886, Paris, 2 avril 1886. Elle en subordonne d'autre part la validité à l'acceptation de la partie adverse. Pau, 17 juin 1885. D. 86. 2. 253. Douai, 16 janvier 1884. *Gaz. Pal.* 84. 1. 319. Trib. civ. Lyon, 2 décembre 1887. *Gaz. Pal.* 88. 2. supp. 32. Mais l'acceptation du désistement ne pouvant être obligatoire pour la partie adverse, et celle-ci étant toujours maîtresse de ne pas se prêter à un contrat, la jurisprudence se reconnaît le pouvoir, au cas où l'adversaire refuse d'accepter le désistement, de décider d'après les motifs du refus, si le désistement doit être tenu pour acquis et de régler en conséquence les dépens. Poitiers, 16 janvier 1849. Paris, 8 décembre 1890. Nancy, 17 janvier 1891. Rép. *Gaz. Pal.* V° Divorce, n° 247, Coulon. *Le div. et la sép.* t. III, articles 248 et 249.

§ 10. *A. Publications légales. — Arrêts et Jugements.*

La demande en divorce n'est pas soumise à la publicité prescrite, pour les demandes en séparation de biens, par les articles 866 et suiv. du Code de Procédure civile. Sous l'ancienne législation, le jugement de divorce n'était pas en général porté à la connaissance des tiers par des mesures de publicité légale. Il en était cependant autrement lorsqu'un des époux était commerçant. Art. 66, Code de commerce.

Aujourd'hui une règle différente régissant les commerçants et les non-commerçants est admise. L'article 250 du Code civil décide :

« Extrait du jugement ou de l'arrêt qui prononce le divorce est affiché aux tableaux exposés tant dans l'auditoire des tribunaux civils et de commerce que dans les chambres des avoués et des notaires. Pareil extrait doit être inséré dans l'un des journaux qui se publient dans le lieu où siège le tribunal, ou s'il n'y en a pas, dans l'un de ceux publiés dans le département. »

Ces prescriptions ont été vivement combattues au Sénat par M. Griffe qui les considérait comme inutiles. La commission lui a répondu par l'organe de son rapporteur qu'il était toujours bon que le changement d'état des parties soit porté à la connaissance des tiers. V. Coulon, *Le div. et la sép.* t. II, art. 250.

La disposition nouvelle est calquée sur celle de l'article 880 du Code de procédure civile en matière de séparation de corps.

La loi n'indique ni en quoi doit consister l'extrait, ni pendant combien de temps durera l'affichage, ni dans l'au-

ditoire de quels tribunaux cet affichage doit-être effectué. Il faudra, croyons-nous, appliquer par analogie l'art. 872 C. pr. civ., qui édicte des mesures semblables relativement au jugement de séparation de biens. En conséquence, l'extrait devra contenir la date du jugement (et de l'arrêt, s'il y a lieu), la désignation du Tribunal qui l'a rendu, les noms, prénoms, profession et demeure des époux. L'affichage durera un an; il devra être fait dans l'auditoire des tribunaux civils et de commerce du domicile conjugal et, s'il n'y a pas de tribunal de commerce, dans la principale salle de la maison commune ; l'extrait sera également inséré aux tableaux exposés dans les chambres des avoués et des notaires, s'il y en a.

En ce qui touche l'insertion dans les journaux, remarquons que, des termes de l'art. 250 C. civ., il ressort que, quoique le jugement qui prononce le divorce ait été, sur appel, suivi d'un arrêt de la Cour, c'est dans l'un des journaux du ressort de la Cour, que l'insertion devra être faite. — On en justifiera, s'il y a lieu, suivant le mode prescrit par l'art. 698 C. pr. civ. La loi a pris en considération, dans cette hypothèse, ce fait que le divorce est ordinairement prononcé dans l'arrondissement où les deux époux ont leur domicile, et c'est là surtout qu'il était convenable de prévenir les tiers. Dans le même cas, pour savoir si les insertions doivent être faites par l'avoué à la Cour, ou par l'avoué de première instance, il faut se reporter à l'article 472 Code de Procédure civile, qui règle l'exécution des arrêts. V. Dutruc, Supplément aux lois de la Procédure, n° 244 *bis*.

L'article 66 du Code de commerce n'étant pas abrogé, il a lieu, lorsque l'un des époux est commerçant, de combiner les dispositions de l'article 250 du Code civil et de

l'article 872 du Code de Procédure civile. Il faut notamment ajouter aux formalités de l'article 250 la lecture du jugement de divorce à l'audience du tribunal de commerce du lieu.

La loi ne fixe pas un délai de rigueur pendant lequel doive nécessairement avoir lieu la publicité exigée par l'article 250. Mais elle paraît supposer que c'est là le premier acte d'exécution. Les insertions seront donc faites aussitôt que le jugement sera devenu définitif. Le choix du journal où devront être faites les insertions appartient au demandeur. Carpentier, p. 168. Vraye et Gode, p. 323 et suiv. Moraël, p. 220. Curet, p. 180. Depeiges, p. 83. Goirand, 238. Rép. *Gaz. Pal.* V° Divorce, n°s 229 et suiv.

La loi sur le divorce étant applicable dans plusieurs de nos colonies où la division administrative par département n'existe pas, il faut dans ces colonies entendre l'expression de département par son équivalent, c'est-à-dire par les divisions administratives correspondantes dont peut se composer la colonie ou par la colonie entière elle-même, si elle ne comporte pas de division.

La publicité prévue par l'article 250 s'applique-t-elle à la conversion? évidemment oui, et dans la pratique on s'y est jusqu'à présent toujours conformé. Cependant, M. Baratte, Recueil de Procédure 1887, art. 1388, p. 481, a soutenu récemment, sous une forme un peu hésitante, que cette publicité était inutile en cette matière : la conversion, dit-il, est nécessairement précédée de la séparation de corps qui entraîne la séparation de biens. La publicité qui a été donnée à ce premier jugement a averti suffisamment les tiers du changement de condition des époux; un nouvel avis est inutile, et ne pourrait être que frustratoire.

M. Moraël, p. 220, repousse en ces termes cette opinion: « Nous répondrons à cette singulière doctrine que le changement qui a été porté à la connaissance des tiers s'est accentué par le divorce. Ce n'est plus la capacité, c'est l'état qui est modifié ; il est donc naturel que les tiers en soient prévenus. Mais la mort de l'un des époux, nous dit-on, n'est pas portée à la connaissance des tiers ; pourquoi en serait-il autrement du divorce, qui ne fait, lui aussi, que dissoudre le mariage ? Un *a fortiori* ne résulte-t-il pas de ce rapprochement, car la mort est en elle-même un événement emportant une publicité moins grande que le divorce ?

Cette opinion ne nous paraît pas heureuse ; la mort n'étant jamais rendue publique, il faudrait conclure de cette assimilation que le divorce ne doit jamais l'être non plus. Or, l'article 250 en a décidé autrement. D'un autre côté, il importe plus aux tiers de connaître la dissolution du mariage par le divorce que la dissolution par la mort de l'un des époux. Dans ce dernier cas, rien ne subsiste du mariage, et, par suite, les tiers en apprenant la mort, connaissent les conséquences de la dissolution du mariage. Au contraire, il est nécessaire, qu'en cas de divorce, les tiers soient mis à même de se reporter au jugement qui le prononce : une pension alimentaire a pu être accordée au demandeur, les enfants ont été confiés sans doute à la garde de l'un des époux, les mesures prescrites par le jugement de séparation de corps ont été modifiées par le jugement de conversion. Ce sont là des décisions qui intéressent les tiers, et notamment les créanciers, les fournisseurs de subsistances, les instituteurs, etc.

N'y eût-il d'ailleurs aucun motif raisonnable d'étendre l'article 250 à la conversion, que la généralité des ter-

mes de cet article nous commanderait de l'y appliquer. »

Dans le cas de conversion et lorsque la femme aura son domicile dans le ressort d'un tribunal autre que celui dans la circonscription duquel le mari est domicilié, la publication devra être faite des deux côtés, d'une part dans les tribunaux et chambres d'avoués et de notaires du domicile du mari, et, d'autre part, dans les tribunaux et chambres d'avoués et de notaires du domicile de la femme.

Cette solution ne résulte pas de l'article 872 du Code de procédure qui n'ayant trait qu'à la séparation de biens ne pouvait prévoir l'hypothèse d'un domicile distinct de la femme. Mais elle rentre bien dans l'esprit de la loi. Le but de la publication du jugement, c'est d'aviser les tiers de la modification qui en résulte dans l'état des *époux*. Qnand ceux-ci ont un domicile commun, on conçoit que la publication ne doive pas être faite ailleurs qu'au tribunal de ce domicile. D'un autre côté, si chacun d'eux a un domicile légal distinct, il y a intérêt pour les tiers à ce que la publication ait lieu à chacun des deux domiciles. Vraye et Gode, n° 354.

Tout ce que nous venons de dire en matière de divorce s'applique bien entendu à la séparation de corps, conformément aux articles 872-880 du Code de procédure civile.

S'il est assez facile de suppléer au silence de la loi en ce qui concerne la détermination des mesures de publicité requises, il n'en est pas de même lorsqu'on veut déterminer la sanction qui doit être attachée à l'inaccomplissement ou à l'inobservation de ces formalités. Sera-ce la nullité du divorce *erga omnes*, ou seulement à l'égard des tiers lésés par le fait des époux divorcés ? Sera-ce le droit pour ces tiers de demander la nullité de l'acte qui leur porte

préjudice et des dommages-intérêts ? Une pareille irrégularité constituera-t-elle enfin comme une sorte d'empêchement prohibitif au divorce, de telle sorte que l'officier de l'état civil à qui il n'aura pas été justifié de l'accomplissement des prescriptions légales, pourra se refuser à opérer la transcription jusqu'à ce qu'il y ait été satisfait ? La question est assez délicate à résoudre.

Bien que la loi ne fixe en aucune façon le délai dans lequel doivent être remplies les mesures de publicité prescrites par l'art. 250, et qu'aucun texte ne réprime le fait de l'officier de l'état civil qui aurait transcrit un divorce sans s'assurer de leur observation, nous serions assez porté, pour notre part, à placer la sanction de cette disposition dans la faculté reconnue à ce fonctionnaire de surseoir à la transcription du jugement, jusqu'à ce qu'il lui ait été justifié qu'elles ont été remplies.

Il est inadmissible en effet qu'une prescription légale analogue à celle qui nous occupe soit dépourvue de sanction.

D'autre part, les nullités ne se suppléent pas, particulièrement lorsqu'elles intéressent l'état des personnes.

Enfin si le divorce pouvait être transcrit *de plano*, on ne voit pas pourquoi on protègerait les tiers contre une ignorance qu'ils devraient commencer par s'imputer : puisque les registres de l'Etat civil sont publics et qu'il suffit de les consulter pour connaître l'état civil des personnes avec lesquelles on contracte. Carpentier, p. 169, Depeiges, p. 83.

Contrairement à cette opinion, nous estimons, v. *supra* § 8 D. qu'il y aurait lieu d'appliquer ici les articles 873, c. pr. civ. et 66 C. de com., de sorte que la publicité prescrite n'ayant pas eu lieu, les créanciers auraient trente ans

pour former tierce opposition, même si le divorce avait été prononcé entre époux dont l'un est commerçant. Dans le même sens que nous, Demolombe, t. IV, n° 495, Carré et Chauveau, t. VI, p. 749. Massol, p. 137, Pardessus, t. I, p. 361. Curet, n° 227, Goirand, p. 239. Vraye et Gode, t. I, n. 362, et la jurisprudence appliquéejusqu'à ce jour en matière de séparation de corps. Cass. 14 mai 1837, S. 37, 1, 38. Mais tous les auteurs sont d'accord pour réserver le cas où les tiers pourraient invoquer une fraude. Si le mari, ayant obtenu le divorce, s'abstenait de le faire publier pour pouvoir faire des actes comme chef de la communauté, il est évident que les tiers pourraient agir. L'absence de publicité pourrait, suivant les circonstances, constituer l'un des éléments de la fraude. Alors l'auteur de cette fraude ne pourrait invoquer, c'est incontestable, contre les tiers l'existence du divorce qu'il leur aurait caché. On voit par là que l'avoué du demandeur, s'il oubliait de faire les publications requises, pourrait dans certains cas, encourir une assez lourde responsabilité. *Sic*, tous les auteurs cités ci-dessus.

En terminant, nous devons indiquer que le droit de cinq francs (actuellement de 7 fr. 50) établi sur les actes et jugements interlocutoires et préparatoires de divorce, est spécial aux actes des tribunaux, à l'exclusion des actes d'huissiers, des actes de greffe et des certificats de dépôt ou d'insertion délivrés conformément à l'article 250, lesquels actes restent soumis au tarif ordinaire résultant des dispositions de la loi fiscale. Coulon, *Le div. et la sép.* t. III, p. 387.

B. *Des Dépens.*

En principe, les dépens d'une instance sont supportés par la partie qui succombe, ce principe général ne souffre qu'une exception prévue par l'article 131 du Code de procédure civile. Les tribunaux, dit cet article, pourront sans se préoccuper du résultat compenser les dépens entre parents d'une certaine catégorie, et spécialement cette compensation pourra être ordonnée entre conjoints.

Cette latitude accordée au juge s'étend-elle à la matière du divorce et de la séparation de corps ?

En matière de séparation de corps, il n'y a pas de difficulté et tous les auteurs comme la jurisprudence sont d'accord pour admettre que les tribunaux peuvent, vu la qualité des parties, compenser les dépens. Dans ce cas, en effet, tout espoir d'une future réconciliation n'est pas perdu, de plus la séparation ne fait que relâcher les liens du mariage ; elle affranchit uniquement les époux des droits et des devoirs résultant de la vie commune, mais toutes les autres obligations nées du mariage continuent à subsister, et, après comme avant, le mari et la femme conservent la qualité de *conjoints*. *Sic.* Rec. Smets. 1888, p. 62. Tous les auteurs et la jurisprudence. En matière de divorce, la question est controversée : à notre avis, c'est la négative qui doit l'emporter. En effet, ainsi que le dit M. Bouisson, Rec. Smets. 1888, p. 59, l'article 131 C. pr. civ. porte que la compensation pourra être ordonnée entre conjoints. Toute la difficulté se trouve donc contenue dans l'interprétation de ces mots : « entre conjoints ». Or, quelle est la conséquence du divorce, sinon de dissoudre et de briser les

liens qui unissaient les époux? A partir du moment où le juge prononce le divorce, le mariage a vécu et avec lui s'éteint l'affinité ou l'alliance qu'il avait fait naître ; c'est à cet instant précis qu'il faut se placer pour statuer sur le sort des dépens.

Ainsi, supposons qu'un tribunal saisi d'une demande en divorce la reconnaisse bien fondée : au principal, il déclarera le divorce ; mais aura-t-il, sur la question accessoire des dépens, la faculté d'en ordonner la compensation? Assurément non, à moins de se donner un démenti à lui-même et de mettre en flagrante contradiction les deux solutions adoptées et dont la dernière doit pourtant être la conséquence de la première. Il proclamerait tout d'abord rompu le lien civil unissant les parties pour, l'instant d'après, reconnaître l'existence de ce lien, en considérant comme des conjoints ceux dont l'union vient d'être dissoute. La logique ne saurait s'accommoder de pareilles dissonances.

La compensation permise par l'article 131 vise les époux plaidant, eux et non ceux qui ont perdu cette qualité. Cet article s'applique expressément *aux conjoints;* par cela même, il exclut ceux que la justice a déclarés *disjoints.* D'ailleurs, compenser les dépens entre divorcés serait non seulement enlever aux termes de notre article leur signification juridique, mais ce serait aussi manifestement violer la loi dans son esprit et dans ses intentions.

En thèse générale, en effet, le Code ordonne l'application de cette règle de justice d'après laquelle chacun doit supporter une part proportionnelle de frais correspondant à ses torts. Cette règle, comme nous l'avons vu, a dû subir néanmoins une dérogation en faveur des membres d'une même famille plaidant entre eux. Mais dans quel but? Dans un

intérêt de pacification entre parents, intérêt qui n'existe plus là où le divorce a passé. Au profit de qui? Au profit de ceux qui sont unis par le sang ou par l'alliance ; or, les divorcés ne trouvent place ni dans l'une ni dans l'autre de ces catégories. D'où il suit que la dernière partie de l'article 131, se référant d'une manière exclusive aux conjoints, et les époux divorcés ayant perdu cette qualité, le juge n'a pas le pouvoir d'étendre l'énumération limitative de cette disposition et, par suite, de compenser les dépens dans une instance en divorce. En pareil cas, c'est le droit commun qui reprend son empire. *Contra.* Trib. Seine, 6 septembre 1884. Trib. Bayeux, 28 août 1884. Trib. Caen, 2 février 1885. Trib. Seine, 5 septembre 1884. Trib. Moulins, 1884. Depeiges, p. 76. Curet, p. 195. Cependant M. Curet, qui professe une opinion contraire à la nôtre, se hâte d'ajouter : « Les magistrats useront rarement ici de la faculté que leur donne l'article 131, car la raison d'être de la dérogation que contient cet article ne se rencontre pas en matière de divorce. Il ne s'agit pas ici d'éviter de jeter dans les familles de nouvelles semences d'aigreur, de ménager l'amour-propre de l'époux qui succombe. Le divorce prononcé, il n'y a plus d'époux.

L'époux, contre lequel le jugement aura été prononcé, sera donc le plus souvent condamné en tous les dépens. »

Nous ne soutenons d'ailleurs pas que les dépens ne pourront jamais être compensés.

Nous avons raisonné dans l'hypothèse où le divorce est prononcé. Il va de soi que, si la demande est repoussée, le juge aura la latitude que lui donne l'article 131, parce que les parties en cause, le mariage n'étant pas dissous, continueront à se trouver dans les relations de conjoint à conjoint. Nous avons simplement voulu démontrer l'illo-

gisme d'une décision se fondant, pour ordonner la compensation, sur la *qualité* des contendants, issue d'une alliance déclarée éteinte. Toutefois, les espèces seront nombreuses où notre article 131 continuera à recevoir son application, bien que la justice ait proclamé la dissolution de l'union conjugale. Mais, qu'on ne s'y trompe pas ! cette application sera donnée en vertu du droit commun, exclusivement. Les tribunaux compensent les dépens en visant, non pas l'exception à la règle générale de l'article 130, c'est-à-dire la première partie de l'article 131, mais bien le corollaire de cet article 130, c'est-à-dire le deuxième paragraphe de l'article 131. En d'autres termes, les dépens seront compensés parce que chacune des parties aura succombé et triomphé à peu près dans la même mesure, parce que les torts seront réciproques, parce que la partie victorieuse aura employé des moyens vexatoires, soulevé de mauvaise chicanes, parce que l'un des époux, ayant vu accueillir la demande en divorce de l'autre, aura frappé injustement d'appel la décision prononçant le divorce, etc., etc. V. Bouisson. Compensation des dépens, p. 16 et suiv. Rec. Smets. 1888, p. 63. Caen, 3 et 20 avril 1885.

Le principe étant admis que l'époux qui succombe sera condamné aux dépens, voyons en définitive qui les supportera. Nous avons déjà eu l'occasion d'expliquer que, suivant les termes de l'article 1426 du Code civil, le mari ne pouvait être tenu ni directement, ni indirectement des frais de l'instance introduite par sa femme et dans laquelle celle-ci avait succombé. V. *supra*, Chap. II, § 7. C. Examinons maintenant le cas où la demande de la femme est accueillie. La communauté est tenue et le mari acquitte ses frais ; il doit aussi les frais exposés par sa femme, frais qu'il a peut-être déjà payés par avance au moyen d'une

provision *ad litem*. Si les époux sont mariés sous le régime de la communauté, le mari emploiera les fonds de la communauté. Il devra donc récompense des sommes ainsi déboursées, sinon la femme se trouverait, en définitive, en supporter la moitié.

Lorsque le mari est demandeur et succombe, la communauté est tenue des frais, mais sauf récompense par le mari. Si au contraire le divorce a été prononcé sur la demande du mari, la communauté est encore tenue, mais sauf récompense par la femme.

Quand le divorce est prononcé soit sur la demande du mari, soit sur celle de la femme, récompense est due par l'époux qui succombe à la communauté qui aurait fait une avance; cela ne peut faire doute en présence de l'article 252 du Code civil d'après lequel les effets du divorce remontent entre les époux au jour de la demande. Mais une solution contraire paraît enseignée par MM. Rodière et Pont, *Cont. de mar.*, 1re édit., t. I, n° 610, dans le cas où le mari demandeur a succombé. Ces auteurs n'admettent pas qu'alors le mari doive récompense à la communauté ; ils estiment sans doute que les actes du mari, même ceux de la plus mauvaise administration, engagent la communauté, d'où la conséquence que celle-ci doit seule supporter les frais de l'instance de divorce imprudemment engagée par lui. Nous préférons la solution contraire. C'est personnellement et non pas comme chef de la communauté que le mari a été condamné aux dépens. Sans doute les dettes personnelles contractées par le mari pendant le mariage sont à la charge de la communauté, mais cette règle doit fléchir dans notre hypothèse, sinon la condamnation personnelle du mari aux dépens ne recevrait pas exécution. *Sic*. Vraye et Gode, t. II, p. 212. Massé et Vergé, t. IV, p. 98, § 642,

note 35. En matière de séparation de corps, les solutions sont absolument les mêmes.

Quel doit être le sort des dépens lorsque l'instance se termine par la réconciliation ou encore par le décès de l'un des époux ? Le résultat est le même dans les deux hypothèses. L'instance toute entière, principal, accessoires et conséquences disparaît et se trouve éteinte par la réconciliation ou par le décès de l'un des époux. Les dépens échappent par suite à l'appréciation des juges, puisque la décision sur ce point accessoire implique la connaissance et l'appréciation du fond du débat, lequel n'existe plus ; toute condamnation aux dépens, indépendante d'une solution sur le principal, solution impossible manquerait de base légale: *Sic*, Vraye et Gode, t. I, p. 166. Dijon, 7 février 1872. Paris, 7 juillet 1870. Caen, 3 mai 1884. Massol, *Sép. de corps*, p. 25. Valette. Explic. somm. p. 151. Depeiges, n° 23. *Contra*, Metz, 30 août 1864. Paris, 5 avril 1864. Rouen, 20 août 1863. Paris, 23 décembre 1852 et 10 février 1853. Duranton. t. II, n° 580. Marcadé sur l'art. 387. Demolombe, *Mariage*, t. II, p. 504.

Il y a cependant une hypothèse dans laquelle la question des dépens peut soulever une difficulté sérieuse, c'est celle où la réconciliation intervient après la décision qui prononce le divorce ou la séparation, mais avant que cette décision ne soit devenue définitive. L'action étant éteinte, sera-t-il possible à l'époux qui avait triomphé de réclamer les dépens auxquels son conjoint a été condamné? nous ne le croyons pas, toujours par la raison que les dépens ne sont que l'accessoire de la condamnation principale et que l'extinction de l'action fait nécessairement tomber cette condamnation. *Sic*, Vraye et Gode, t. I, p. 166.

Une décision du Tribunal d'Epernay du 5 décembre

1889, V. La *Loi*, 17 janvier 1890, décide contrairement à l'opinion que nous venons de soutenir que les héritiers de l'époux qui a obtenu le divorce et qui est décédé avant d'en avoir requis la transcription, ont le droit de faire statuer par le tribunal sur les dépens de l'instance pour ceux-ci être laissés à titre de dommages-intérêts à la charge de l'époux contre lequel le divorce avait été prononcé.

Nous avons dit *supra*, Ch. II, sect. I, que le failli n'est pas dessaisi de l'action en divorce ; à plus forte raison peut-il y défendre en personne, tandis que le syndic n'a pas mission de le représenter dans une pareille instance. Mais le syndic peut-il être mis en cause pour faire déclarer commun avec lui le jugement à intervenir? La Cour de Paris s'est prononcée pour la négative dans un arrêt du 28 août 1871 D. P. 74. 5. 262. V. Dutruc, *loc. cit.*, n° 12. La femme du commerçant failli, porte cet arrêt, n'a pas le droit d'appeler au procès le syndic de la faillite, à cause du caractère purement personnel de l'action, et par suite aucune condamnation aux dépens ne peut être prononcée contre le syndic. Cette doctrine nous paraît exacte. — Mais on peut se demander si la condamnation aux dépens prononcée contre le mari, seule partie en cause, est opposable aux créanciers de la faillite. Nous croyons qu'il faut répondre par une distinction. Si le divorce est demandé pour des faits postérieurs au jugement déclaratif de faillite, les conséquences de ces faits ne sauraient atteindre le patrimoine actuel du failli, frappé d'indisponibilité au profit de la masse. Mais s'il s'agit de causes antérieures au jugement déclaratif, elles réagissent évidemment sur les biens du failli encore disponibles au moment où elles sont nées. Peu importe que le syndic ne

puisse être mis en cause. Pour les actions purement personnelles, le failli conserve la capacité juridique d'ester en justice; les actes qu'il fait dans la limite de cette capacité exceptionnelle réfléchissent donc régulièrement sur son patrimoine. Ainsi, par conséquent, dans cette seconde hypothèse, la femme du failli pourra produire à la masse pour le montant des frais de l'instance dans laquelle elle aura obtenu le divorce ou la séparation de corps. *Sic,* Depeiges, p. 24.

En matière de conversion de séparation de corps en divorce, il est admis généralement en doctrine et en jurisprudence que les dépens doivent être à la charge de l'époux qui avait succombé dans l'instance en séparation de corps; nous examinerons d'ailleurs la question complètement *infra*, Chap. V, § 6.

§ 11. *De la Transcription sur les registres de l'Etat civil.*

Sous l'empire du Code civil et de la loi du 27 juillet 1884, le tribunal ne prononçait pas le divorce ; il ne faisait que l'admettre. Lorsque la décision autorisant le divorce était devenue définitive, c'était à l'officier de l'état civil, qu'il appartenait, sur la réquisition de l'époux qui avait obtenu le divorce, de prononcer le divorce dans une cérémonie publique et solennelle. Cette procédure a paru entraîner des inconvénients pratiques: tout d'abord, elle obligeait les parties à une comparution personnelle en présence de témoins. On alléguait en faveur du prononcé du divorce par l'officier de l'état civil, la possibilité d'une réconciliation entre les époux à cette minute décisive où la dissolution de l'union conjugale va être à jamais consacrée. Cette argumentation avait été surtout développée par M. Labiche au

nom de la minorité de la commission du Sénat. V. Coulon, *op. citat.* t. II, art. 251. Mais l'espérance d'un rapprochement *in extremis* était-elle bien sérieuse ? « Voilà des époux, disait M. Allou, au Sénat, qui ont été séparés par des dissentiments qui ont amené la demande en divorce, dont la séparation s'est aggravée par le temps écoulé jusqu'à l'heure où ils se présentent devant l'officier de l'état civil, et tout à coup touchés par le spectacle de cette salle où le mariage peut-être a été célébré, mon contradicteur imagine que ces époux vont se jeter l'un dans les bras de l'autre et que la réconciliation va s'effectuer devant l'officier de l'état civil. » M. Allou faisait valoir en outre le caractère malsain, bouffon, puéril et quelquefois dangereux de cette cérémonie publique, et malgré les efforts de M. Labiche, le Sénat en décréta la suppression pour la remplacer par une transcription et une mention sur les registres de l'état civil. V. Coulon, *op. citat.* t. II, art. 251 et 252.

Les dispositions concernant le nouvel état de choses sont formulées dans les deux articles 251 et 252 ainsi conçus :

Art. 251. — « Le dispositif du jugement ou de l'arrêt est transcrit sur les registres de l'état civil du lieu où le mariage a été célébré.

Mention est faite de ce jugement ou arrêt en marge de l'acte de mariage, conformément à l'article 49 du Code civil. Si le mariage a été célébré à l'étranger, la transcription est faite sur les registres de l'état civil du lieu où les époux avaient leur dernier domicile, et mention est faite en marge de l'acte de mariage, s'il a été transcrit en France. »

Art. 252. — « La transcription est faite à la diligence de la partie qui a obtenu le divorce ; à cet effet, la décision est signifiée, dans un délai de deux mois à partir du jour où elle est devenue définitive, à l'officier de l'état civil

compétent, pour être transcrite sur les registres. A cette signification doivent être joints les certificats énoncés en l'article 548 du Code de procédure civile, et, en outre, s'il y a eu arrêt, un certificat de non pourvoi.

Cette transcription est faite par les soins de l'officier de l'état civil, le cinquième jour de la réquisition, non compris les jours fériés, sous les peines édictées par l'article 50 du Code civil.

A défaut, par la partie qui a obtenu le divorce, de faire la signification dans le premier mois, l'autre partie a le droit, concurremment avec elle, de faire cette signification dans le mois suivant.

A défaut par les parties d'avoir requis la transcription dans le délai de deux mois, le divorce est considéré comme nul et non avenu.

Le jugement dûment transcrit remonte, quant à ses effets entre époux, au jour de la demande. »

Autrefois la partie qui avait obtenu le divorce pouvait seule requérir qu'il fût prononcé ; si elle négligeait d'accomplir cette formalité, si elle négligeait de se présenter devant l'officier d'état civil dans le délai de deux mois, du jour où la décision judiciaire qu'elle avait obtenue était devenue définitive, cette décision était frappée de déchéance.

A cette formalité, les articles 251 et 252 de la loi nouvelle substituent la formalité d'une transcription de la décision judiciaire sur les registres de l'état civil du lieu où le mariage a été célébré, et la mention de cette décision en marge de l'acte du mariage.

D'après l'exposé des motifs, le système du code civil avait l'inconvénient « d'obliger les parties à une comparution personnelle en présence de témoins. »

De plus la célébration du divorce par le maire, outre qu'elle était peu conforme à la déférence et au respect qui sont dus aux décisions de la justice (en ce sens que c'était cette célébration et non le jugement qui dissolvait le mariage) avait, dans la pratique, un grand inconvénient.

Très souvent les officiers de l'état civil n'osaient pas trancher diverses questions qui sont soulevées dans cette dernière phase de l'affaire par l'une ou l'autre des parties — par exemple des questions de domicile, de résidence, de comptes, de mobilier, ils étaient obligés d'en référer au parquet.

Les procureurs de la République pourraient rendre témoignage des incidents fâcheux qui se produisaient alors.

Il est plus simple, plus convenable, plus digne de procéder comme en matière de rectification d'actes de l'état civil.

Lorsque la décision de justice a acquis l'autorité de la chose jugée, le maire la mentionne en marge de l'acte de mariage ; elle sera inscrite sur les registres de l'état civil, si le mariage a été célébré à l'étranger : bien des difficultés se trouvent ainsi évitées.

Dans la nouvelle loi, la nature de la formalité exigée est seule modifiée, mais les effets de la formalité subsistent ; si la transcription du divorce n'a pas eu lieu dans le délai de deux mois, à la requête de l'une ou de l'autre des parties, le divorce est tenu pour nul et non avenu.

Il est indispensable que les registres de l'état civil, qui constatent le mariage, constatent aussi le divorce.

Les tiers n'ont aucun autre moyen de se renseigner sur la situation des parties.

La transcription doit donc être exigée.

Aux époux seuls peut être laissé le soin de requérir cette transcription ; et, d'autre part, on ne peut laisser ce droit

ouvert pendant un temps indéterminé. Bien que la déchéance prononcée paraisse rigoureuse, on a reconnu qu'elle était inévitable ; les époux ne doivent pas reprendre la vie commune et la faire cesser, à leur gré, en opérant inopinément une transcription retardée dans ce but : une union ainsi prolongée aurait le caractère d'un mariage avec faculté de répudiation arbitraire ; aussi fallait-il exiger la transcription du divorce, et l'exiger dans un certain délai. Si cette transcription n'a pas eu lieu, il y a une présomption légale qu'une réconciliation s'est opérée.

L'époux qui a triomphé définitivement dans l'instance en divorce a donc un délai de deux mois pour mettre à fin l'instance par l'exécution du jugement ou de l'arrêt rendu à son profit. Ce délai est fatal ainsi qu'il résulte de l'article 252, qui prononce formellement la déchéance. Nous pensons néanmoins, ainsi que nous l'expliquerons un peu plus loin, que cette déchéance ne doit exister que lorsque c'est par la volonté, la faute, ou même la négligence de l'époux qui a obtenu le jugement de divorce que la prononciation n'a pu avoir lieu dans le délai imparti.

La loi donne d'abord le droit de requérir la transcription à l'époux qui a obtenu le divorce à son profit, il devra s'adresser à l'officier de l'état civil compétent, c'est d'après l'art. 251 celui du lieu où le mariage a été célébré.

Ces premiers principes étant posés, examinons-les successivement. L'article 250 dit : le dispositif du jugement ou de l'arrêt qui a prononcé le divorce doit être transcrit, c'est-à-dire copié *in extenso* sur un registre à ce affecté.

Ce n'est pas tout : l'officier de l'état civil devra en marge de l'acte de mariage, mentionner, c'est-à-dire indiquer sommairement, mais d'une façon suffisamment explicite, le jugement ou l'arrêt qui a prononcé le divorce. On sui-

vra à cet égard les règles prescrites par l'art. 49 C. civ.

Les registres étant publics, les tiers pourront s'en faire délivrer des extraits par les dépositaires de ces registres. Ils seront ainsi utilement renseignés sur la situation des parties, car malgré la publicité par voies d'affiches et d'insertions dans les journaux, organisée par l'art. 250 C. civ., ils auraient pu ne pas connaître le divorce prononcé entre les époux.

L'officier de l'état civil compétent pour opérer la transcription est celui du lieu où le mariage des époux divorcés a été célébré. C'est une nouvelle différence avec la règle posée par l'ancien article 264 qui donnait compétence à l'officier de l'état civil du domicile du mari. Ainsi se trouvent écartées en principe toutes les difficultés auxquelles pouvait donner naissance la détermination de ce domicile dans certaines hypothèses déterminées.

Cependant dans le cas où le mariage a été célébré à l'étranger, la règle ancienne subsiste et la transcription doit s'opérer au lieu où les deux époux avaient leur dernier domicile. Bien que la loi ne s'en exprime pas formellement, il est évident qu'il faut entendre par ce dernier domicile, le domicile conjugal, c'est-à-dire le domicile du mari. On pourra donc encore consulter avec profit sur ce point certaines décisions rendues sous l'empire de l'ancienne loi et relatives soit au mode de le constater (procès-verbal de carence, etc.), soit au point de savoir si le domicile de la femme pourrait être substitué à celui du mari dans le cas où il serait impossible de déterminer ce dernier. Trib. Seine, 19 nov. 1884. 21 nov. 1884. 28 février 85. 5 mars 1885. Coulon, *op. citat.* t. III, art. 252. Coulon, *Man. form.* art. 252.

Il est à remarquer d'ailleurs, qu'au moment d'intenter

l'action en divorce les deux époux pourront avoir non pas un seul, mais deux domiciles légaux. C'est ce qui se produira par exemple (réserve faite du cas de conversion) si l'action n'est intentée qu'après une séparation de corps, mais sur des motifs distincts et différents de ceux qui lui ont donné naissance. Dans cette dernière hypothèse, il nous paraîtrait prudent d'opérer la transcription du jugement, non pas seulement sur les registres de l'état civil du lieu où le mari a son domicile, mais encore sur ceux du lieu où la femme a le sien. *Sic*, Carpentier, n° 151. Depeiges, p. 85.

La transcription doit être réclamée dans le délai de deux mois à partir du jour où le jugement ou l'arrêt sont devenus définitifs, c'est-à-dire :

1° S'il s'agit d'un jugement :

Après l'expiration du délai d'appel, si ce jugement est contradictoire.

Après l'expiration successive du délai d'opposition et d'appel, s'il est par défaut.

2° S'il s'agit d'un arrêt :

Après l'expiration du délai de cassation, s'il est contradictoire.

Après l'expiration des délais d'opposition et de cassation, s'il est par défaut. Ces derniers délais ne courent pas en effet, si l'intimé a fait défaut, pendant le temps où l'opposition est recevable.

3° S'il y a eu pourvoi.

Du jour de l'arrêt de rejet, ou du désistement, ou du jour où le demandeur a encouru la forclusion faute d'avoir signifié l'arrêt d'admission (L. 2 juin 1862).

Si l'arrêt a été cassé du jour où l'arrêt de la cour de renvoi est devenu définitif.

Le délai de deux mois fixé par notre article est-il franc? Nous ne le pensons pas, bien que nous reconnaissions que chaque fois qu'un délai emporte déchéance d'un droit, si le législateur ne s'est pas expliqué clairement, on doit interpréter le texte dans le sens le plus favorable à la conservation du droit. Mais si, en disant que ces deux mois commenceront à courir à partir du jour où la décision admettant le divorce est devenue définitive, le législateur indique nettement que le dernier jour du délai d'appel, d'opposition ou de pourvoi, ou *dies a quo*, ne sera pas compté dans les deux mois, il n'en est pas moins vrai qu'il dit aussi dans l'art. 252, § 4, que, à défaut de transcription « *dans le délai* de deux mois, le divorce est considéré comme nul, l'époux qui aura obtenu le jugement de divorce aura *un délai* de deux mois pour signifier », d'où il suit que le dernier jour pour se présenter ou *dies ad quem* est le dernier jour du deuxième mois, car après ce jour-là les deux mois sont expirés. Coulon, *Man. form.* p. 296, 5e édit. Carpentier, p. 177. Depeiges, n° 116.

Il appartient aux officiers de l'état civil, sur le vu des pièces qui leur sont produites, de rechercher si, depuis le jour où la décision est devenue définitive, il ne s'est pas écoulé plus de deux mois. Ils devront apporter d'autant plus d'attention à cet examen ainsi qu'à la constatation de leur compétence qu'un divorce prononcé soit par un maire incompétent, soit antérieurement ou postérieurement à l'expiration des délais légaux est entaché de nullité absolue. C'est là une tâche difficile que la loi leur impose, car la constatation de la compétence et la supputation des délais n'est pas toujours chose facile, surtout pour une personne étrangère à la science juridique, mais ils pourront toujours, ils devront même dans les cas douteux demander l'avis du

Procureur de la République, près le tribunal dans le ressort duquel se trouve la commune qu'ils administrent.

C'est à la partie qui a obtenu le divorce qu'incombe l'obligation de faire les diligences nécessaires pour obtenir la transcription, mais faute par elle de l'avoir requise dans le premier mois, l'autre partie a le droit, concurremment avec elle de faire signification à cette fin dans le mois suivant. C'est encore une innovation de la loi nouvelle. On sait, qu'aux termes de la loi du 27 juillet 1884, il n'y avait que la partie qui avait obtenu gain de cause qui pouvait requérir le prononcé par l'officier de l'état civil. Il pouvait arriver de la sorte que cet époux fît tomber le jugement en ne réclamant pas le divorce. Car on n'admettait pas le défendeur et avec raison, après la forclusion de son adversaire, et si lui-même avait échoué dans son action, à en intenter une nouvelle *ex post facto,* basée sur les mêmes motifs. Paris, 1er juillet 1886.

L'huissier doit joindre à la copie de l'exploit de signification les certificats énoncés en l'article 548 du Code de procédure civile, c'est-à-dire :

S'il s'agit d'un jugement : 1° le certificat de l'avoué du demandeur en divorce contenant la date de la signification du jugement faite à la partie contre laquelle le divorce a été prononcé ; 2° un certificat du greffier du tribunal constatant que ce jugement n'a été frappé ni d'opposition ni d'appel.

S'il y a eu appel et désistement avant l'arrêt, il y aura lieu de remplacer ce dernier certificat par l'original de la signification du désistement dûment accepté.

S'il y a eu appel et arrêt par défaut suivi d'opposition, puis désistement, le certificat du greffier sera encore remplacé par l'original de la signification du désistement dûment accepté.

S'il s'agit d'un arrêt, les pièces à joindre seront : le certificat de l'avoué d'appel indiquant la date de la signification de l'arrêt à partie, et en outre, si l'arrêt est par défaut, un certificat du greffier de la Cour constatant qu'il n'a pas été formé d'opposition. De plus, dans tous les cas, soit que l'arrêt ait été rendu contradictoirement, soit qu'il ait été rendu par défaut, il y a lieu de produire un certificat du greffier de la Cour de cassation constatant qu'il n'y a pas eu pourvoi.

Enfin s'il y a eu pourvoi et arrêt de rejet, le certificat du greffier de la Cour de cassation est remplacé par une expédition de l'arrêt de rejet ou par la signification d'un désistement du pourvoi.

Dans le cas où le pourvoi a été admis et où le demandeur est déchu de son recours à défaut de signification de l'arrêt d'admission, l'époux qui a obtenu le divorce éprouvera un réel embarras : d'abord, pour connaître le point de départ du délai de transcription, puisque toute la procédure devant la Chambre des requêtes a lieu en dehors de lui; ensuite, pour justifier de la déchéance encourue par le demandeur en cassation. A la rigueur, la partie qui a obtenu le divorce a su nécessairement, soit officieusement, soit par le refus d'un certificat de non pourvoi, l'existence du pourvoi formé par son conjoint; elle peut donc suivre la procédure devant la chambre des requêtes et connaître ainsi l'arrêt de rejet ou d'admission. Mais si l'arrêt d'admission n'est pas signifié dans les deux mois de sa date et qu'il y ait eu déchéance du pourvoi (Loi du 2 juin 1862, art. 2), comment l'établir? La preuve à faire est négative et dès lors presque impossible. Nous ne voyons que deux solutions : soit l'exécution de l'arrêt de la Cour d'appel dont on rapporterait la preuve à l'officier de l'état civil,

soit l'obtention et la représentation d'un arrêt de la Chambre civile constatant la déchéance encourue. Vraye et Gode, t. I, p. 334.

Le ministre de la Justice et des Cultes ayant soulevé la question de savoir à quels droits doivent être soumis les certificats de non-pourvoi délivrés par le greffier de la Cour de Cassation en exécution de l'art. 252 C. civ., ancien 263, son collègue des finances a, le 5 décembre 1884, pris la décision suivante :

« Les certificats dont il s'agit doivent être rédigés sur papier timbré, par application de l'art. 12 de la loi du 18 brumaire an VII. Ils doivent être inscrits au répertoire (D. 22 frim. art. 49), et être soumis à l'enregistrement dans les vingt jours de leur date (même loi, art. 20). Le droit d'enregistrement auquel ils sont assujettis s'élève à 1 fr. 50 en principal (même loi, art. 68, § 1, n° 17; L. 28 février 1872, art. 4, § 1).

» En ce qui concerne le droit de greffe, il y a lieu d'assimiler les certificats de non-pourvoi aux certificats de défaut, et de les soumettre par suite à un droit de 4 fr. 50. »

La transcription doit être faite par les soins de l'officier de l'état civil, le cinquième jour de la réquisition, non compris les jours fériés, sous les peines édictées par l'article 50 du Code civil, dont voici le texte :

« Toute contravention aux articles précédents, de la part des fonctionnaires y dénommés, sera poursuivie devant le tribunal de première instance et punie d'une amende qui ne pourra excéder cent francs.

» Sans préjudice de la réparation pécuniaire du préjudice qu'il peut avoir causé aux parties intéressées. »

L'officier de l'état civil ne pourrait pas procéder à la transcription un jour quelconque de ceux qui précèdent le

cinquième jour de la signification, le deuxième ou le troisième par exemple, c'est seulement et strictement à la date assignée par la loi que la formalité doit être remplie. Il en résulte encore que le délai de cinq jours n'est pas franc. On ne compte pas d'ailleurs dans le délai de cinq jours les jours fériés, qu'il s'agisse de fêtes légales tombant le dernier jour ou au cours même du délai. Carpentier, p. 179. Curet, p. 204. *Contra,* Vraye et Gode. t. I, p. 336, qui ne voient pas d'inconvénients à ce que la transcription ait lieu avant l'expiration du délai. Enfin si les deux époux avaient respectivement requis la transcription comme ils en ont le droit, soit lorsque le divorce a été prononcé à leur profit respectif, soit lorsqu'on se trouve dans le deuxième mois qui suit le jugement, on n'aurait évidemment égard pour fixer le point de départ des cinq jours qu'à la première réquisition.

Il ne faut pas confondre absolument la signification de la décision et la réquisition d'opérer la transcription. Le délai de cinq jours ne peut courir qu'autant que la partie qui poursuit le divorce a fait déposer à la mairie non seulement la copie signifiée du jugement ou de l'arrêt, mais encore les certificats de non opposition et de non appel : la réquisition est donc quelque chose de plus que la signification de la sentence. Le Code ne règle pas la forme de cette réquisition : elle aura lieu ordinairement par acte extrajudiciaire dans l'exploit de signification du jugement.

L'article 252 après avoir réglé les formes et les délais de la transcription du jugement de divorce, dispose dans un § 4 « à défaut par les parties d'avoir requis la transcription dans le délai de deux mois, le divorce est considéré comme nul et non avenu ». La sanction ainsi apportée par l'art. 252 au défaut de réquisition de transcription dans

le délai de deux mois est-elle absolue, en telle sorte que les parties ne puissent être relevées, pour quelque cause que ce soit, de la déchéance qu'elles ont encourue?

Il faut d'abord remarquer que ce n'est pas le défaut de transcription qui rend le divorce nul et non avenu; c'est aux termes mêmes de l'article 252, § 4, le défaut de réquisition dans les deux mois. Il faut reconnaître en second lieu que la jurisprudence a décidé qu'alors même qu'aucune réquisition à fin de transcription n'a eu lieu de la part des conjoints dans le délai légal, il n'y a pas lieu à prononcer la déchéance édictée par la loi, lorsque les parties n'ont commis ni négligence, ni omission et que le défaut de transcription dans les deux mois ne saurait leur être imputable. Trib. Seine, 29 janvier 1886. Paris, 30 mai 1888, contrairement aux conclusions de l'avocat général Manuel, Trib. Seine, 7 mai 1889. Coulon, *Le div. et la sép.* t. III, art. 252.

Nous estimons, nous aussi, qu'il ne faut pas exagérer les prescriptions de l'article 252 jusqu'à décider qu'une fois le délai de deux mois expiré, la déchéance est encourue, quels que soient les motifs qui ont empêché la transcription effective du divorce dans le délai de deux mois. A notre avis le conjoint qui requiert, dans les délais légaux, la transcription du divorce n'est déchu du bénéfice du jugement que si c'est par suite de sa faute ou de sa négligence que la transcription n'a pu avoir lieu en temps utile, comme si, par exemple, il ne fournissait pas en temps utile les pièces nécessaires. Il ne serait pas déchu de son droit d'avantage si la non-transcription dans le délai légal était le fait de l'officier de l'état civil qui se serait refusé à y procéder, soit parce qu'il se croit incompétent, soit parce qu'il a reçu une opposition, soit parce qu'il attend l'avis du Pro-

cureur de la République sur un cas qui lui a paru douteux. Mais les époux doivent, pour conserver le bénéfice du jugement, justifier qu'ils ont fait toutes les diligences en leur pouvoir pour que les dispositions des articles 251 et 252 soient observées. Coulon, *Man. form.* p. 297. Carpentier, p. 180, qui est cependant d'un avis opposé à la jurisprudence ci-dessus citée lorsqu'il n'y a pas eu de réquisition, Curet, p. 205. Depeiges, p. 86. *Contra,* Poulle, p. 187; Vraye et Gode, t. I, p. 339, et les conclusions de M. l'avocat général Manuel qui s'exprimait ainsi : « On prétend que la déchéance prononcée par le nouvel article 252 C. civ. est fondée sur une présomption de renonciation à la décision obtenue et que cette présomption toutes les circonstances de la cause la repoussent énergiquement... Mais, si le législateur eût voulu laisser aux magistrats le soin d'apprécier les raisons pour lesquelles la transcription n'a pas eu lieu dans les deux mois, eût-il dit : Le divorce sera considéré comme nul et non avenu ? Non, il aurait dit « pourra » être, ou bien, par tout autre mot, il aurait réservé l'appréciation du tribunal. Où s'arrêtera-t-on si on entre dans l'examen des motifs qui auront pu empêcher les époux ou l'un d'eux de requérir la transcription dans le délai voulu? Tous, alors même qu'ils auraient eu certains scrupules, certaines hésitations, viendraient dire : la présomption sur laquelle la loi est fondée, ne nous est pas applicable : nous ne renonçons nullement au divorce obtenu, mais nous sommes victimes d'une erreur, d'un oubli de notre avoué, de notre huissier, auxquels nous avions donné des instructions précises qu'ils n'ont pas suivies, nous n'avons aucune faute personnelle à nous reprocher, nous demandons à le prouver. Faudra-t-il admettre, rechercher, approuver toutes ces prétentions, ordonner des enquêtes

pour les établir. » Rép. alph. *Gaz. Pal.* v° Divorce, n° 262.

L'officier de l'état civil n'est point tenu d'apprécier les motifs pouvant relever le conjoint requérant de la déchéance par lui encourue, et par suite c'est le conjoint qui doit être condamné aux dépens de l'instance qu'il a été forcé d'engager contre l'officier de l'état civil, encore que le refus de transcrire ait été déclaré mal fondé. Jurisprudence constante. Notamment, Trib. Seine, 8 mars 1887. V. Coulon, *Le div. et la sép.* t. III, art. 252.

Il est à peine besoin d'indiquer qu'une fois le délai de deux mois expiré sans que de divorce ait été prononcé, les conjoints sont remis en même et semblable état qu'avant l'introduction de l'instance. Il en résulte notamment : 1° que la vie commune doit être reprise ; 2° que la pension alimentaire qui n'a été accordée que pendant le cours du procès cesse d'être due ; 3° que la violation de la foi conjugale constitue un adultère ; 4° que la femme conserve le nom de son mari ; 5° que l'époux qui a succombé dans l'instance n'encourt pas la perte de ses avantages matrimoniaux.

Passé le délai de deux mois le divorce est considéré comme nul et non avenu et l'on ne pourra introduire une nouvelle demande que pour une cause nouvelle, que faut-il entendre par là ? Nous ne comprenons pas pourquoi un époux qui avait obtenu le divorce pour cause de sévices ou injures et qui a pardonné, ne pourrait plus introduire une nouvelle instance en divorce pour la même cause, si des faits nouveaux d'injures ou de sévices viennent à se produire après le pardon. Un seul fait d'injure, même légère, suffira-t-il pour lui permettre de former une nouvelle demande ? Nous ne le pensons pas, autrement la déchéance prononcée par notre article ne serait qu'apparente, car il

est toujours facile de faire naître un petit dissentiment entre deux époux. A notre avis le fait nouveau devra être d'une nature telle qu'à lui seul il soit suffisant pour donner à la nouvelle demande une base sérieuse.

Le fait de n'avoir pas fait prononcer le divorce dans le délai légal constitue contre l'époux une présomption *juris et de jure* qu'il a pardonné à son conjoint. Les faits anciens pourront bien être invoqués à l'appui de l'instance nouvelle, mais à titre purement accessoire et comme complément de preuves que la vie commune est impossible. Quant au moment où cette cause nouvelle doit s'être produite, nous pensons avec M. Goirand, p. 127, que c'est postérieurement à l'expiration du délai de deux mois. En effet, la présomption de pardon naît le jour où le délai expire, et comprend tous les faits antérieurs, à moins qu'il ne soit démontré que l'époux les a ignorés, auquel cas il pourrait les invoquer comme cause nouvelle. Coulon, *Man.-form.* 5e édit. p. 298. Curet, p. 206.

La nullité, résultant d'une transcription tardive, pourra être invoquée par l'un et l'autre des époux, même par celui qui aura requis la transcription en dehors des délais légaux. Elle pourrait l'être encore par le ministère public, en vertu de l'article 46 de la loi du 20 avril 1810, qui lui donne le droit d'action dans toutes les matières intéressant l'ordre public. Elle pourrait l'être, pensons-nous, même par les héritiers des époux qui succèdent à tous les droits et actions de leur auteur. Quant à la forme de procéder, il semble que par analogie on devra choisir celle d'une demande en nullité de mariage. Quant au tribunal compétent, nous pensons que c'est celui du lieu où le divorce a été prononcé. Coulon, *Man.-form.* 5e édit. p. 297 et suiv. Nous n'avons parlé jusqu'ici que de la transcrip-

tion. C'est à la seule transcription, en effet, que la loi attache le pouvoir de vivifier le divorce. Il faut en conclure que le défaut de mention du jugement en marge de l'acte de mariage ne saurait entraîner aucune nullité de la sentence et aucune sanction contre l'officier de l'état civil. Il est évident toutefois que l'officier de l'état civil qui se serait rendu coupable de cette négligence pourrait être déclaré responsable envers les tiers si elle leur avait porté préjudice. *Sic*, Carpentier, p. 183. Depeiges, p. 86. MM. Vraye et Gode vont plus loin, t. I, p. 343, et décident que l'officier de l'état civil ou le greffier qui auraient négligé de faire la mention seraient passibles des peines édictées par l'article 50 du Code Civil, c'est-à-dire d'une amende qui ne peut excéder 50 francs et qui serait prononcée par le tribunal civil ; nous partageons leur manière de voir, comme aussi en ce qui concerne le Procureur de la République coupable de la même négligence. Cette solution se justifie par les termes de l'art. 50 du Code civil qui prononce une peine à raison de la contravention aux dispositions de l'article 49 contre les fonctionnaires dénommés dans cet article. Or le procureur de la République est précisément l'un des fonctionnaires désignés dans l'art. 49. *Sic:* Toullier, *Dr. civ.*, t. II, 312 ; Zachariæ, t. I, 150; Aubry et Rau, 4ᵉ édit. t. I, p. 206 ; Hutteau d'Origny, *de l'État civil et de ses améliorations*, titre X, chap. I, n° 7; Rieff, *Comment. des actes de l'état civil*, n° 95.

On a cependant soutenu le contraire par les motifs suivants : les membres du ministère public, a-t-on dit, sont indépendants des tribunaux près desquels ils exercent. D'ailleurs, c'est précisément eux que la loi charge d'exercer les poursuites dont il s'agit (art. 53 C. civ.). Enfin, l'article 50 C. civil ne se réfère pas seulement à l'article 49

mais aussi aux articles précédents qui parlent du président, de sorte qu'il faudrait dire que le président est également compris dans la disposition de l'article 50, ce qui donnerait le spectacle d'un magistrat président le tribunal devant se juger lui-même. — Voyez dans ce sens: Marcadé, t. I, nº 248, p. 209, sur l'art. 50 ; Richelot, t. I, p. 205, note 16. M. Marcadé invoque encore l'opinion de M. Demolombe, t. I, p. 453, nº 288. Lorsque le mariage a été célébré à l'étranger, il est évident que la mention ne peut plus être faite en marge de l'acte de mariage. Nous avons déjà vu que dans cette hypothèse la transcription devait être opérée sur les registres de l'état civil du lieu où les époux avaient leur dernier domicile. Dans ce cas, l'article 251 prescrit que mention sera faite en marge de l'acte de mariage s'il a été transcrit en France.

Le jugement ou arrêt qui prononce la conversion d'une séparation de corps en divorce doit, comme tout jugement ou arrêt de divorce, être transcrit sur les registres de l'état civil, conformément à l'art. 252 C. civ., pour produire des effets irrévocables. V. MM. Vraye et Gode, t. I, nºˢ 494-495. Mais une difficulté peut naître sur l'application de l'art. 252. C. civ., au cas où l'époux qui a demandé et obtenu la conversion est celui contre lequel la séparation a été prononcée. L'art. 252, en effet, dispose que le divorce sera transcrit à la requête de l'époux qui *a obtenu le divorce*, et c'est seulement faute par celui-ci d'avoir requis la transcription dans le mois que l'autre partie est autorisée à faire procéder à la transcription. Dans l'hypothèse d'une conversion de séparation de corps, l'époux à la requête duquel elle a été prononcée doit-il, encore bien que la séparation de corps ait été prononcée contre lui, être considéré comme *ayant obtenu* le divorce, et peut-il,

dès lors, se prévaloir de la disposition de l'art. 252 pour requérir la transcription? Ou bien, au contraire, n'est-ce pas au défendeur à la conversion, qui avait obtenu la séparation de corps, qu'il appartient de requérir la transcription du jugement de conversion, sauf à l'autre époux, au cas où son adversaire n'userait pas de ce droit dans le mois, à requérir lui-même la transcription (C. civ., 252, § 3)? C'est en ce dernier sens que se prononce la jurisprudence qui se rattache ainsi à l'opinion d'après laquelle l'époux qui a obtenu la séparation ne peut, dans une instance ultérieure en conversion formée par l'autre époux, être considéré comme ayant succombé, d'où la double conséquence qu'il ne peut être condamné aux dépens. V. Trib. de Reims, 5 mars 1885 sous Paris, 21 janv. 1886, 1re espèce, S. 1886, 2. 129.; Caen, 3 févr. 1885, sous Cass. 12 août 1885, S. 1886. 1. 193. Carpentier, n° 209. Coulon, *Le div. et la sép.* t. III, art. 252 et 310. Vraye et Gode, t. II, n. 838. Comp. M. Curet, n. 251, et qu'il conserve le droit à la pension alimentaire qui lui avait été allouée lors de l'instance en séparation. V. Douai, 29 juin 1885 et Alger, 2 févr. 1886, S. 1886. 2. 177, et la note. Carpentier, n. 208; Vraye et Gode, t. II, n. 831; Curet, n. 275. Nancy, 14 janvier 1888. Coulon, *Le div. et la sép.* t. III, art. 252 et 310.

Lorsque le divorce n'a pas été régulièrement transcrit, il est nul et non avenu, une question se pose alors ici pleine d'intérêt en matière de conversion: quelle est par suite du défaut de transcription la situation des époux qui avaient demandé la conversion, restent-ils comme ils l'étaient séparés de corps et pourront-ils une seconde fois représenter leur demande de conversion?

Il faut remarquer que c'est le divorce lui-même et non

pas le jugement seul qui est regardé comme n'ayant jamais eu lieu. Cette solution qui se trouvait formellement écrite dans l'article 266, n'est plus douteuse aujourd'hui. Trib. Saint-Etienne, 24 mars 1887. Coulon, *Le div. et la sép.* art. 252. Elle présente une très grande importance en matière de divorce. Les faits ayant été soumis une première fois à la justice, ne peuvent pas, ainsi que nous l'avons dit plus haut, suffire pour autoriser une nouvelle instance ; la survenance d'une cause nouvelle pourra seule motiver une demande ultérieure en divorce.

Il n'en n'est pas de même en matière de conversion : les époux reprennent la situation dans laquelle ils se trouvaient avant l'instance, c'est-à-dire qu'ils sont séparés de corps : Coulon, *Man. form.* 5e édit. art. 310 ; Goirand, p. 252 ; Moraël, p. 231. Or qui les empêche de reproduire une nouvelle demande en conversion ? Les juges en vertu de leur pouvoir discrétionnaire, peuvent une seconde fois admettre la légitimité de la demande, de même qu'ils peuvent ainsi que nous le montrerons plus loin, *infra*, Ch. V, § 6 et § 2, accueillir la demande en conversion après l'avoir rejetée une première fois. *Sic*, Trib. Auch, 3 nov. 1885. *Gaz. Pal.* 1886, 1, 102. Cette décision ne présente guère d'inconvénients ; car, le tribunal, qui n'a pas à rendre compte des motifs de sa décision, pourra repousser une nouvelle demande pour cette seule raison que le défaut de transcription du premier jugement aura été l'effet de la négligence des parties. *Contra*, Goirand, p. 253.

La nullité du divorce est évidemment absolue, le défaut de transcription, ou plutôt de réquisition étant l'omission d'une formalité substantielle ; il ne sera donc pas nécessaire de la faire prononcer, et tout le monde pourra s'en prévaloir. D'un autre côté, dit M. Moraël, p. 232, aucune

prescription n'est possible, en vertu du principe général qu'aucun droit touchant à l'état, et notamment au mariage ne peut s'éteindre par prescription. *Contra*, M. Carpentier, n° 199, qui déclare que c'est étendre bien loin l'empire d'un texte qui régit tout autre matière, que c'est oublier en même temps que certaines actions en nullité qui se réfèrent, elles aussi, à des questions d'état, comme les actions en nullité de mariage, se prescrivent parfaitement, et cela par un temps quelquefois fort court (art. 181, 183); qu'enfin c'est méconnaître que cette action n'est la plupart du temps, entre les mains de ceux qui l'exercent, que la sauvegarde d'un intérêt purement pécuniaire. « Toutes les actions tant réelles que personnelles sont prescrites par trente ans » dit l'article 2262, ajoute M. Carpentier, c'est là, la règle générale dont on n'a droit de s'écarter qu'autant qu'un texte exprès le permet. V. aussi *supra*, p. 249 et 250.

Aux termes de l'article 244, § 3 du Code civil, l'action en divorce s'éteint « par le décès de l'un des époux survenu avant que le jugement soit devenu irrévocable par la transcription sur les registres de l'état civil ». V *supra*, Ch. II, sect. III, § 6. Il en résulte que le divorce n'étant acquis au bénéficiaire que par sa transcription sur les registres de l'état civil, il y a lieu à rectification de l'acte de décès dans lequel l'époux décédé avant la transcription sur les registres de l'état civil, a été qualifié d'époux divorcé. Grenoble, 10 septembre 1887. Coulon, *Man. form.* 5e édit. p. 172, 173. 180 et 182; Curet, p. 73 et 74 ; Depeiges, p. 15 et 16.

Nous allons examiner maintenant les effets de la transcription régulièrement accomplie.

La transcription rend le divorce irrévocable et permet d'exécuter la décision qui l'a prononcé. Elle produit un

autre effet, elle rétroagit : « l'article 252, § 5, nous dit en effet que le jugement dûment transcrit remonte, quant à ses effets entre époux, au jour de la demande. »

Il importait que la loi nouvelle tranchât cette question qui s'était déjà posée, sous l'ancienne législation, en ce qui touchait la prononciation du divorce par l'officier de l'état civil. V. Villequet, p. 231, n° 6. Zachariæ, § 146, note 2. La décision de l'art. 252, § 5, est évidemment contraire au droit commun. D'après le droit commun ne rétroagissent au jour de la demande que les jugements déclaratifs de droits préexistants : les décisions constitutives d'un état nouveau — et la décision prononçant le divorce y est évidemment comprise, — ne produisent d'effets même entre les parties que depuis le jour où elles ont été rendues. La seule exception admise par la loi existe en matière de séparation de biens. *Sic*, Goirand, p. 254.

En consacrant cette nouvelle dérogation en matière de divorce, le législateur a voulu, dit M. Labiche, V. Coulon, *Le div. et la sép.* t. II, art. 252, « enlever aux époux la faculté de modifier en ce qui les concerne, le patrimoine de la communauté, en avançant ou retardant, suivant certaines combinaisons, le moment où la décision des juges sera définitive et où par conséquent elle produit seulement effet. »

La rétroactivité ne se produira, quant aux effets du jugement de divorce, que dans les rapports des époux entre eux et non dans leurs rapports avec les tiers : l'article 252, § 5, est formel sur ce point, nous étudierons complètement toutes les questions qui s'élèvent à l'occasion de la rétroactivité résultant de l'art. 252, *infra*, Ch. III, § 1, en passant en revue les différents points de départ des effets du divorce.

Lorsque la rétroactivité se produit, les effets du divorce

remontent, dit l'art. 252, § 5, au jour de la demande. — Que faut-il entendre par ces mots « au jour de la demande » ? Selon M. Goirand, p. 254, la loi aurait entendu indiquer que l'effet rétroactif se produira non au jour où l'époux demandeur a présenté sa requête au président, ni même au jour où ce magistrat a rendu sa première ordonnance, mais seulement au jour où le tribunal a été saisi du fond. *Sic.* Coste, *Point de départ des effets du divorce.* M. Carpentier, n° 159, enseigne au contraire, qu'en vertu de la disposition de l'art. 252, les effets du divorce doivent être considérés comme se produisant dès le jour de la remise de la requête par le conjoint demandeur au président, c'est aussi notre avis : en armant le président, de pouvoir nouveau dès la première comparution des parties, la loi paraît, dit cet auteur, avoir témoigné du désir de faire remonter aussi haut que possible la protection qu'elle entend accorder aux époux, par ce motif que le préliminaire de conciliation forme avec l'instruction et les débats devant le tribunal une seule et même instance, un tout indivisible. Comparer dans le même sens, Paris, 1re Ch. 5 août 1886. Orléans, 13 juillet 1887. Paris, 1re Ch. 5 février 1889 et 14 février 1889. Riom, 28 janv. 1890 jurisprudence confirmée par la Chambre des Requêtes de la Cour de Cassation en 1891. V. ces arrêts. Coulon, *Le div. et la sép.* t. III, p. 141. MM. Vraye et Gode, t. II, n° 611, ajoutent encore aux raisons déjà données, que l'article 234 dispose que l'époux qui veut former une demande en divorce présente requête ; que ce même article dit qu'en cas d'empêchement le magistrat se transporte au domicile de l'époux « demandeur » ; qu'enfin les articles 235 à 238 qualifient les époux de « demandeur et défendeur » quoique l'assignation n'ait pas encore été délivrée.

Si l'un des époux s'était porté reconventionnellement demandeur en divorce, les effets du divorce remonteraient de même au jour de la demande principale à moins que le demandeur principal n'eût transformé sa demande de divorce en demande de séparation de corps; dans ce cas, les effets du divorce ne se produiraient qu'au jour de la demande reconventionnelle. *Sic*, Carpentier, n° 159. Rép. alph. *Gaz. Pal.* V° Divorce, n° 264.

Est-ce la transcription ou le jugement qui opère la dissolution du mariage, telle est l'intéressante question que nous allons maintenant examiner?

Nous avons vu *supra* et nous étudierons plus en détail *infra*, ch. III, que la dissolution du *régime matrimonial* remonte au jour de la demande. Voyons maintenant si la dissolution du mariage même a pour point de départ la transcription ou le jugement qui prononce le divorce.

Le point de départ est la transcription d'après M. Coste. *Point de départ des différents effets du divorce*, p. 118 et un jugement du Tribunal de la Seine, en date du 29 novembre 1888. Le point de départ est le jugement d'après MM. Carpentier et Curet, et les conclusions de M. le substitut Danion qui ont précédé le jugement ci-dessus indiqué ainsi que d'après un arrêt de la Cour de Limoges du 26 novembre 1887. V. Coulon, *Le div. et sép.* t. III, art. 251 et 252.

Nous empruntons à M. Coste, dont nous partageons la manière de voir, la discussion et la solution de cette difficulté.

« Exposons d'abord, dit-il, les raisons que fait valoir le tribunal de la Seine; nous discuterons ensuite les objections qu'on leur oppose; enfin nous examinerons les considérations qui viennent appuyer les arguments du tribunal.

Le tribunal fait observer que « sous les régimes anté-
» rieurs à celui qui nous régit, le mariage n'était dissous
» que par la transcription du divorce..., que dans la ma-
» tière qui règle l'état et la capacité des personnes et qui
» touche essentiellement à l'ordre public, la rétroactivité
» présente de graves inconvénients et même des dangers;
» que pour les époux, les tiers et aussi dans l'intérêt gé-
» néral, il importe au plus haut degré que les effets du
» mariage cessent à partir d'un moment précis et déter-
» miné, et ne restent pas en suspens pendant une période
» de temps plus ou moins longue;... qu'avec la rétroacti-
» vité, si durant cette période la femme s'engage avec des
» tiers sans autorisation, il dépendra des époux de faire
» valider ou invalider leur engagement en requérant ou
» en s'abstenant de requérir la transcription du jugement
» définitif; si les époux manquent à la foi conjugale, on
» devra attendre la transcription pour décider si leur con-
» duite est ou non délictueuse; que la même incertitude
» planera sur la légitimité des enfants qui seraient con-
» çus dans cette période. » Le jugement constate en outre
que « si on se réfère à l'exposé des motifs, on y lit au su-
» jet de la transcription : *la nature de cette formalité est*
» *seule modifiée, les effets en subsistent;* que c'était bien
» dire par là que la transcription du jugement n'aurait
» pas plus d'effet rétroactif qu'elle n'en avait sous la loi
» de 1884;... que la transcription a tellement le caractère
» d'une formalité substantielle du divorce, qu'alors même
» qu'elle aurait été requise, si elle n'avait pas été faite
» avant le décès de l'un des époux, le jugement serait
» sans valeur aucune (article 244 Code civil). » Il est per-
mis d'induire de ces faits et considérations, conclut le
tribunal, « que le nouveau législateur a dû vouloir et a

» réellement voulu que la dissolution du mariage datât » seulement du jour de la transcription. » V. Coulon, *Le div. et la sép.* t. III, art. 252.

Des attaques nombreuses ont été dirigées contre ce système; nous emprunterons la plupart des objections dont nous allons entreprendre l'examen aux conclusions de M. le substitut Danion, qui leur a donné toute la vigueur possible en défendant la rétroactivité de la transcription au jour du jugement dans l'affaire tranchée par le jugement du 23 novembre 1888.

On fait d'abord valoir certains arguments de texte. Depuis 1886 c'est le tribunal et non l'officier de l'état civil qui *prononce* le divorce. La loi le dit expressément (articles 246, 247, § 2, 249, 250). « Or, prononcer le divorce, » c'est prononcer la dissolution du mariage. Ces mots ne » peuvent avoir d'autre sens. Ils sont d'autant plus significatifs que le législateur de 1884 s'était servi d'autres » expressions. Le tribunal *admettait* le divorce et autori» sait le demandeur à se présenter devant l'officier de » l'état civil pour le faire *prononcer*. » M. Danion, v. le *Droit* du 1er janvier 1889, cf. articles 264, 290, 291 anciens.

Pourquoi cette modification? il y a un motif de fait : la comparution des parties devant l'officier de l'état civil donnait parfois lieu à des scènes scandaleuses : il était beaucoup plus simple de faire transcrire. Mais il est aussi un motif de droit. « Le législateur de 1884 qui conférait à » l'officier de l'état civil le droit de prononcer le divorce, » avait emprunté cette disposition au législateur de 1803; » il n'avait pas pris garde que, si cette disposition conve» nait à la loi de 1803, elle ne convenait guère à la loi de » 1884. En effet la loi de 1803 reconnaissait le divorce par » consentement mutuel. On comprenait dès lors qu'un

» contrat formé par la volonté des parties et rompu par » leur consentement mutuel fût rompu dans les formes » mêmes où il avait été passé, c'est-à-dire devant l'officier » de l'état civil. Mais lorsque ce contrat librement formé » ne peut être rompu que pour cause déterminée, c'est-à- » dire pour des motifs indépendants de la volonté com- » mune des parties, l'intervention du magistrat munici- » pal ne se conçoit plus. Il y a, comme le disait M. Allou » au Sénat, une certaine dignité pour la justice à ce qu'on » s'arrête à la décision qu'elle a prise.

« Pourquoi, disait M. Brisson, garde des sceaux, main- » tiendrait-on une disposition, qui est en somme une ex- » ception à un principe qui veut qu'un jugement ou un » arrêt définitif comporte l'exécution immédiate, » V. Coulon, *Le div. et la sép.* t. II, art. 251 et 252.

On s'appuie en outre sur l'article 252, § 4, qui est ainsi conçu : « A défaut par les parties d'avoir requis la trans- » cription dans le délai de deux mois, *le divorce est con-* » *sidéré comme nul et non avenu* ». « Le divorce existait » donc avant la transcription. S'il n'existait pas, il ne pour- » rait devenir nul. Ce n'est pas la transcription qui le crée » puisque l'absence de transcription le fait disparaître ; » elle le rend seulement irrévocable. » Danion. *op. citat.*

La situation est exprimée par la formule juridique sui- vante : « Avant la transcription du jugement prononçant » le divorce, la femme est divorcée sous condition sus- » pensive, c'est-à-dire sous condition que ledit jugement » sera transcrit. Et comme, d'après le droit commun, la » condition accomplie a un effet rétroactif, il en résulte » que si la transcription a lieu, la femme est divorcée du » jour du jugement ». Danion. *op. citat.*

Quelle est la valeur de ces arguments ? Les textes invo-

qués par M. Danion, et desquels il résulte que c'est le tribunal qui prononce le divorce, qu'à défaut de transcription en temps utile, le divorce est considéré comme nul et non avenu, ne nous paraissent pas inconciliables avec notre théorie. On peut très bien admettre qu'à partir du jugement le divorce existe, et que cependant il ne produise effet qu'à partir de la transcription. Le divorce existe, disons-nous, en ce sens qu'à partir du moment où le jugement est rendu, il constitue un droit acquis pour chacune des parties. Il en était autrement avant la loi du 18 avril 1886, lorsque le jugement se bornait à autoriser le demandeur à requérir la prononciation du divorce; il est toujours permis de renoncer à se prévaloir d'une autorisation; un pareil jugement ne pouvait conférer aucun droit au défendeur; l'époux outragé, qui avait obtenu gain de cause, avait donc seul la faculté de requérir l'officier public; c'était dans cette réquisition que consistait véritablement la demande en divorce; le droit de demander le divorce ne pouvait appartenir à l'époux coupable. Aujourd'hui, au contraire, « le jugement que le demandeur a » voulu obtenir, qu'il a poursuivi jusqu'au bout, ne sera » pas sa propriété exclusive; il profitera au défendeur » aussi bien qu'à lui. » M. Léon Renault. V. Coulon, *Le div. et la sép.* t. II, art. 252. Il appartient désormais à l'époux coupable comme à l'époux innocent de donner effet à ce jugement par la transcription, ce qui est tout naturel, puisqu'il ne s'agit plus d'obtenir le divorce, privilège que l'on concevrait réservé à l'époux innocent, mais seulement de réaliser un divorce déjà acquis.

Les paroles de M. Allou et de M. Brisson, qui au premier abord paraissent favorables au système adverse quand on les cite isolément, sont loin d'avoir la même portée

quand on les replace au milieu de la discussion à laquelle elles se rapportent ; elles veulent dire simplement que la décision du juge doit valoir par elle-même, et, une fois rendue, ne peut être anéantie sans l'accord des deux parties.

La phrase de M. Brisson en particulier, celle qui semble la plus décisive, perd toute l'autorité qu'on lui attribue, lorsqu'on lit quelques lignes plus bas V. Coulon, *op. citat.* t. II, art. 252 : « La transcription organise la manière » dont le divorce sera porté à la connaissance du public » et deviendra désormais un fait *positif* et irrévocable ». A dix lignes de distance, M. Brisson ne s'est certainement pas mis en contradiction avec lui-même : or, dit M. Brisson, avant la transcription, le divorce n'est pas encore un fait *positif* ; c'est-à-dire qu'il ne produit pas encore d'effet ; c'est dire qu'il n'est encore qu'un fait virtuel. Ces quelques paroles de M. Brisson résument, à nos yeux, de la façon la plus heureuse le système de la loi : par la transcription le divorce devient un fait positif et irrévocable ; le divorce ne devient un fait positif qu'à l'instant même où il devient un fait irrévocable : rien de plus naturel en effet, pour qu'il n'y ait aucune incertitude sur l'état des personnes, que de retarder l'effet du divorce jusqu'au moment où le divorce est devenu définitif.

Nos adversaires donnent à l'innovation de la loi de 1886 un double motif, un motif de fait, qu'ils négligent, un motif de droit dont ils tirent argument. Le motif de fait nous paraît seul sérieux : la prononciation du divorce par l'officier de l'état civil en présence des deux parties donnait lieu à des scandales auxquels il importait de mettre fin ; la discussion de la loi ne laisse aucun doute là-dessus. Quant au motif de droit, il est erroné et au point de vue

historique et au point de vue rationnel : on ne voit pas pourquoi l'intervention de l'officier municipal était indispensable en cas de divorce par consentement mutuel ; ce divorce n'était pas prononcé *de plano* par l'officier public ; il devait préalablement être admis par un jugement aussi bien que le divorce pour causes déterminées ; dès lors, puisque l'autorité judiciaire était nécessairement saisie, rien n'aurait empêché qu'elle ne prononçât le divorce par consentement mutuel, ainsi qu'elle prononce aujourd'hui le divorce dans les cas prévus par la loi de 1884. D'autre part il est vraiment singulier de prétendre que le respect dû à la justice était diminué, quand, au lieu de prononcer le divorce, elle se bornait à l'autoriser ; la justice accorde tous les jours des autorisations de toute nature dont on est libre d'user ou de ne point user, une fois qu'on les a obtenues : on ne considère pas pour cela sa dignité comme atteinte.

Mais, nous dira-t-on, si le divorce résulte du jugement, il est assez extraordinaire qu'il ne produise pas un effet immédiat ; c'est une particularité d'un caractère très exceptionnel qu'il est impossible d'admettre sans preuves certaines.

Qu'il y ait là une anomalie, nous ne le contestons nullement ; la chose est d'autant moins douteuse qu'elle a été formellement reconnue au cours des débats. « Avec le » nouveau système proposé, dit M. Labiche, v. Coulon, » *op. citat.* t. II, art. 251 et 252, c'est en réalité l'autorité » judiciaire qui prononcera définitivement ; mais ce qui » semble *une anomalie* avec ce système, c'est que l'exé- » cution de la décision restera subordonnée à l'accomplis- » sement d'une formalité d'enregistrement. »

Voilà déjà une des preuves demandées ; dans un mo-

ment nous en donnerons d'autres tirées des textes et des travaux préparatoires.

Reprenons maintenant l'examen des objections dirigées contre le système du tribunal de la Seine. Le tribunal, on s'en souvient, s'appuie sur l'article 244 *in fine*; d'après cet article, l'*action en divorce* s'éteint par le décès de l'un des époux survenu avant la transcription ; le tribunal en conclut que l'action dure jusqu'à la transcription. Si l'action dure jusqu'à la transcription, c'est la transcription et non le jugement qui crée le divorce.

Cette rédaction, réplique-t-on, est un souvenir de la loi de 1803 et de celle de 1884 ; elle se comprenait très bien sous l'empire de ces deux lois, parce que c'était l'officier de l'état civil qui prononçait le divorce et que l'action durait jusqu'à cette prononciation ; sous l'empire de la loi de 1886, elle est devenue vicieuse. « Si le législateur a » enlevé à l'époux survivant le droit de faire transcrire et » de faire ainsi rétroagir la dissolution du mariage au » jour du jugement, c'est qu'il a été dominé par cette idée » qu'une réconciliation serait encore possible après le ju- » gement... Il eût méconnu le but qu'il poursuivait s'il » avait accordé à l'époux survivant le droit de faire trans- » crire, parce que si l'époux décédé avait vécu une récon- » ciliation se serait peut-être produite. » Danion, *op. citat.*

Nous ne discuterons pas le mérite de ces explications ; pour nous, l'article 244 n'a pas une importance capitale. C'est un emprunt fait à la théorie de la séparation de corps : d'après la jurisprudence, en effet, le décès de l'un des époux anéantit même le jugement prononçant la séparation, si ce jugement n'est pas encore devenu irrévocable. Metz, 6 mars 1872 ; Bordeaux, 27 janv. 1873. S. 1873, 2, 15 et 267.

L'assimilation entre le divorce et la séparation de corps se conçoit, quelque parti qu'on prenne sur notre question.

Le tribunal de la Seine invoquait la nécessité d'assurer la stabilité de l'état des personnes; il parlait de l'intérêt des tiers, de l'intérêt public : la rétroactivité du divorce au jour du jugement présente à ces divers points de vue de graves inconvénients.

Ces inconvénients, on les reconnaît; mais, dit-on, le législateur lui-même en a pris son parti, et il en existe d'aussi considérables dans le système opposé.

Ainsi, M. Allou répondait à M. Labiche, qui demandait le maintien de l'ancien état de choses et se plaignait qu'on ne fixât pas une date certaine, qu'on n'eût pas une situation régulière avec le système de la transcription : « Ce » sera la situation de tous les débats judiciaires. Quand on » a épuisé toutes les voies de juridiction, la décision prise » devient définitive. Il en sera de même pour le divorce. » V. Coulon, *op. citat.* t. II, art. 251 et 252.

Et, en effet, on fait remarquer que, « dans tout débat » judiciaire, il y a une période d'incertitude. Après le ju- » gement, on ne sait ni s'il y aura appel, ni quel en sera » le résultat.... Le système de la non-rétroactivité de la » transcription présente, d'ailleurs, des inconvénients iden- » tiques. Si l'état de la femme est certain jusqu'à la trans- » cription, la date à laquelle cet état changera est incer- » taine, — tandis que le jugement a une date fixe que » les époux et les événements ne peuvent changer... Aux » termes de l'article 252, l'officier de l'état civil a cinq » jours à dater de la réquisition pour faire la transcription. » La date de la dissolution du mariage dépendrait donc » de l'arbitraire du maire pendant ce délai ». Danion, *op. citat.*

Les réponses faites par les partisans du système de la rétroactivité à l'argument tiré de l'intérêt des tiers sont d'une faiblesse évidente. On dénature d'abord le sens du débat qui s'est élevé entre M. Labiche et M. Allou. M. Labiche tenait pour l'ancien état de choses pour deux motifs : 1° la prononciation du divorce par l'officier de l'état civil laisse subsister jusqu'à la fin l'espoir d'un désistement de la part de l'époux demandeur ; 2° d'après le projet du gouvernement, l'officier public avait huit jours pour opérer la transcription ; pendant ces huit jours il fixait donc à son gré le moment de la dissolution du mariage : à cet arbitraire M. Labiche opposait la précision du système ancien. C'est à la première objection, et non à la seconde que répond M. Allou, dans le passage cité plus haut : après le jugement, dit-il en résumé, une réconciliation n'est plus à espérer ; une fois que les juges ont prononcé, il faut s'arrêter à la décision prise ; *cette décision doit être définitive ;* il ne doit plus être au pouvoir du demandeur d'en arrêter l'effet. Mais rien dans les paroles de M. Allou n'empêche de supposer que cet effet soit immédiat, au lieu d'être reculé jusqu'à la transcription. Quant à la seconde objection de M. Labiche, M. Allou n'y fit aucune réponse ; cette objection était fondée et il en fut tenu compte par la commission ; le texte voté en seconde délibération porte que la transcription doit être opérée le cinquième jour de la réquisition, et non dans les cinq jours, ainsi que M. Danion le suppose à tort ; dans le système de la non-rétroactivité, la date de la dissolution du mariage n'est donc nullement abandonnée à l'arbitraire de l'officier public.

Mais, dit-on encore, la date de la dissolution du mariage n'en est pas moins incertaine, puisque les parties ont deux

mois pour faire la réquisition. L'inconvénient, répondrons-nous, n'est pas plus grand que lorsque le mariage prend fin par le décès de l'un des époux; l'époque du décès n'est pas moins incertaine que celle de la transcription. Le danger n'est pas là ; il est dans la rétroactivité qui pendant une période de temps plus ou moins longue tient en suspens l'état des époux et la validité de leurs actes, doute funeste qui supprime toute sécurité dans les relations sociales.

Dans notre système au contraire, si la date de la dissolution du mariage est incertaine, l'état d'époux n'est à aucun moment incertain ; on peut toujours savoir à l'instant même où un acte est passé, si cet acte est accompli en état de capacité ou en état d'incapacité, il suffit de vérifier si la transcription est ou n'est pas encore faite.

Les explications de nos adversaires sont encore moins satisfaisantes quand on leur oppose les travaux préparatoires. Aucun ne fait mention de la phrase de l'exposé des motifs, relative à la transcription, que relève le jugement du tribunal de la Seine : la nature de cette formalité est seule modifiée, les effets en subsistent. A en croire M. Danion, cette question de rétroactivité de la transcription n'aurait pas été spécialement envisagée dans les travaux préparatoires.

« Il me semble plutôt, dit-il, qu'on a eu surtout en vue
» de bien établir que le jugement de divorce, une fois de-
» venu définitif d'après les règles ordinaires, ne le serait
» pas encore d'après les règles de la loi sur le divorce,
» qu'il ne deviendrait irrévocable que par la transcription,
» et que, s'il n'était pas transcrit dans les délais légaux,
» il serait de nul effet. »

Nous croyons que c'est faire trop bon marché des tra-

vaux préparatoires ; nous allons voir en effet si nous ne pouvons pas tirer et d'eux et des textes le complément de preuve que nous avons annoncé.

La volonté du législateur s'est nettement affirmée dans deux circonstances. Lorsque l'article 251 qui édicte la publication du jugement du divorce vint en discussion au Sénat, M. Griffe critiqua cette disposition ; suivant lui c'était la transcription et non le jugement qu'on aurait dû publier, puisque c'est la transcription qui opère la dissolution du mariage. Le rapporteur, M. Labiche, répliqua très justement qu'une publicité préventive n'en est que plus sérieuse ; les tiers sont moins exposés à être trompés si la publication précède, au lieu de suivre, le changement des époux. Il résulte bien et de l'objection et de la réponse qu'elle a provoquée que la publication du jugement faite en conformité de l'article 250 est antérieure à la dissolution du mariage. Voici d'ailleurs les termes exacts de ce débat. V. Coulon, *op. citat.* t. II, art. 251.

M. Griffe : « A quoi bon faire connaître aux tiers le jugement de divorce, et surtout pourquoi leur faire connaître ce jugement avant la transcription nécessaire sur les registres de l'état civil ? *Sans cette transcription le divorce n'existe pas encore* ; pourquoi donc le rendre public ? » M. le rapporteur : « Votre Commission a pensé que, quand la désunion des époux avait déjà reçu la consécration de la justice, il était intéressant pour les tiers de savoir que, *dans un temps qui ne peut être très éloigné, la séparation d'intérêt des époux pouvait devenir un fait accompli.* Il est certain que le divorce *va amener* une situation légale absolument différente ; il est incontestable que l'état civil *va se trouver* absolument modifié, et qu'il est bon que les tiers soient pré-

» venus que l'on est *à la veille* de la consécration de cette » situation nouvelle par la transcription sur les registres » de l'état civil. »

Enfin nous trouvons la confirmation la plus nette de notre système dans l'article 252, § 2, et dans la discussion à laquelle cet article a donné lieu. Nous avons déjà dit que, d'après le projet du gouvernement, l'officier public avait huit jours pour transcrire; l'article 19, § 2 du projet était ainsi conçu : « Cette transcription est faite par les soins de » l'officier de l'état civil, *dans la huitaine* de la significa- » tion, sous les peines édictées par l'article 50 du Code » civil. »

La minorité de la commission du Sénat se montra hostile à cette rédaction ; le rapport de M. Labiche, V. Coulon, *op. citat.* t. II, 1re partie, p. 249, en reproduit les critiques : « N'y aura-t-il pas, pour la constatation des droits » qui résultent de la dissolution du mariage, des inconvé- » nients à ce que l'instant précis de cette dissolution ne » soit pas déterminé d'une façon incontestable ? A ce que » cette dissolution résulte seulement de l'accomplisse- » ment d'une formalité confiée à l'arbitraire d'un officier » d'état civil, parfois peu vigilant et peu éclairé ? — Le » projet laisse en effet à l'officier d'état civil un délai de » huitaine *pour faire la transcription, c'est-à-dire pour* » *déterminer* à son choix, sans aucun contrôle, et en l'ab- » sence de la partie intéressée, *le moment où le mariage* » *aura pris fin.* »

Ces objections furent renouvelées en séance par M. Labiche, V. Coulon, *op. citat.* t. II, art. 252 : « Ainsi pendant » huit jours il dépendra de l'arbitraire d'un greffier de » mairie de faire que le divorce prononcé par les tribu- » naux produise, ou non, effet... Pendant ce délai aucun des

» époux ne pourra connaître exactement sa situation, *sa-*
» *voir s'il est encore ou non dans les liens du mariage...*
» L'avantage de dispenser la partie requérante d'une com-
» parution... a-t-il assez d'importance pour compenser les
» inconvénients... qui résulteraient... *de l'incertitude du*
» *jour, du moment précis de la dissolution du mariage...* ?
» A ce greffier de mairie vous donnez huit jours pour faire
» cette transcription au moment qui lui conviendra ;... c'est
» le greffier qui déterminera en réalité *le moment précis*
» *de la dissolution du mariage, le moment où le divorce*
» *existera*; et ce moment il le fixera à huis-clos, sans té-
» moins, sans garantie. »

Le Sénat fut touché de ces observations et en consé-quence le texte fut modifié de la façon suivante : « Cette
» transcription est faite par les soins de l'officier de l'état
» civil *le cinquième jour* de la réquisition, non compris
» les jours fériés, sous les peines édictées par l'article 50
» du Code civil » article 252, § 2 ; c'est-à-dire que la transcription doit avoir lieu le cinquième jour, et non un jour quelconque de ceux qui précèdent le cinquième jour.

Résumons les éléments de cette discussion. M. Labiche se plaignait que le moment de la dissolution du mariage fût laissé au bon plaisir de l'officier public, auquel huit jours étaient accordés pour transcrire. Le Sénat lui donne satisfaction en supprimant le délai de huitaine et en déterminant avec exactitude le jour auquel il devra être procédé à la transcription : il résulte de là que c'est la transcription et non le jugement qui opère la dissolution du mariage ; sinon il importerait peu que la transcription fût faite le premier jour ou le huitième, puisqu'elle rétroagirait dans tous les cas à la même date, au jour du jugement. Le Sénat s'est donc approprié l'opinion de M. Labiche et a voulu, en

précisant le jour de la transcription, enlever à l'arbitraire de l'officier public le pouvoir de fixer le jour de la dissolution du mariage. Le texte de l'article 252, § 2, modifié ainsi qu'on l'a vu, ne laisse aucun doute sur les intentions du législateur.

Nous avons démontré que c'est par la transcription que le lien conjugal est rompu ; le mariage est dissous au moment où la transcription a lieu, c'est-à-dire à l'instant précis où l'acte devient parfait par la signature de l'officier public apposée sur le registre de l'état civil.

Normalement c'est le cinquième jour de la réquisition, non compris les jours fériés, que la transcription doit être opérée ; mais une transcription opérée un autre jour que le cinquième n'en serait pas moins valable et n'en produirait pas moins à sa date la dissolution du mariage. La loi ne prononce pas en pareil cas la nullité de la transcription; cette nullité serait injustifiable ; les parties ont fait tout ce qui dépendait d'elles lorsqu'elles ont fait la réquisition en temps utile. La sanction ne consiste que dans une amende infligée à l'officier public, sans préjudice des dommages-intérêts auxquels celui-ci pourra être tenu envers les parties ou les tiers en raison de sa négligence.

La transcription opère à sa date la dissolution du mariage, même vis-à-vis des tiers, indépendamment de l'accomplissement des formalités de publicité prescrites par l'article 250. Nous devons dire en quelques mots quelle est l'utilité de ces mesures, quel en est l'effet, quelle en est la sanction.

On a contesté l'utilité de ces formalités de publicité. « Le législateur, dit M. Danion (*op. citat.*), n'avait pas à » protéger les tiers contre la femme divorcée, puisque le » divorce rend la femme capable. » Si cette critique était

juste, on pourrait également blâmer le législateur d'avoir édicté la publicité des séparations, car l'effet de la séparation de biens ou de corps est d'augmenter la capacité de la femme. Mais on se méprend sur le but de ces formalités de publicité ; ces formalités, en cas de divorce comme en cas de séparation, ont pour objet de protéger les tiers, non contre la femme, mais contre le mari ; le divorce, comme la séparation, enlève au mari ses droits de chef de la communauté, de maître de la dot ; il est bon que les tiers soient avertis de ce changement.

Aucun effet spécial ne se rattache aux publications ; la situation des tiers reste, après les publications, ce qu'elle était avant. Ainsi les effets de la dissolution du régime matrimonial restent limités aux époux ; ils ne se produisent pas encore dans les rapports des époux avec les tiers ; pour les tiers, le régime matrimonial ne prend fin qu'avec le mariage lui-même, au moment de la transcription. V. aussi sur la question du point de départ de la dissolution du mariage, *supra*, Ch. I, sect. II, p. 32 et suiv.

Il va de soi, après ce que nous venons de dire, que le mariage n'étant réellement dissous que par la transcription, il est impossible, comme le voudraient admettre certains auteurs, que l'effet rétroactif se produise non plus seulement à partir de la prononciation du jugement, mais à partir de la demande ; en admettant même qu'on puisse prétendre que le mariage est dissous par la prononciation du jugement, il ne faut pas oublier que le principe de la rétroactivité des jugements, suppose une déclaration de droits antérieurs et préexistants. Or, le jugement, qui prononce le divorce, n'est pas déclaratif de droits préexistants. Il n'annule pas le mariage, il le dissout. Il détruit un état et en crée un nouveau. Il ne saurait donc rétroagir au jour

de la demande, sauf, bien entendu, en ce qui concerne les droits pécuniaires des époux conformément à l'article 252, § 5, qui établit une dérogation formelle en ce sens. »

Nous terminerons par quelques indications pratiques sur la preuve du divorce. Les conjoints divorcés ont à justifier de la rupture de leur mariage, soit pour contracter une seconde union, soit pour établir leur capacité civile : il est donc important qu'ils puissent se procurer la preuve authentique qu'ils ne sont plus dans les liens du mariage. Si le divorce a donné lieu, conformément à l'ancienne loi, à un acte dressé par le maire, l'expédition de cet acte, régulièrement délivrée, est un titre commun aux deux époux. Il faut alors distinguer si le divorce a été autorisé par jugement ou par arrêt. Dans le premier cas, la première expédition de l'acte de divorce délivrée aux intéressés doit être soumise à l'enregistrement au droit fixe de 150 francs (187 fr. 50). V. art. 7, l. 22 frimaire an VII ; 49, § 2, l. 28 avril 1816 ; 4, l. 28 février 1872. Le maire doit faire mention, sous sa responsabilité, en marge de la minute, de l'accomplissement de cette formalité et pareille mention doit être portée sur les expéditions ultérieures. Sous la loi nouvelle, la transcription du jugement ou de l'arrêt sur les registres de l'Etat civil et la mention qui doit être faite en marge de l'acte de mariage ne donnent ouverture par elles-mêmes à aucun droit d'enregistrement. Pour établir l'existence du divorce, les parties peuvent retirer soit une expédition de la transcription, soit un extrait de l'acte de mariage modifié par la mention faite en marge. S'il n'y a pas eu appel du jugement de première instance, le droit de 187 fr. 50 est dû sur la première expédition de l'un ou l'autre de ces deux actes. — Lorsque l'expédition soit d'un acte de divorce, soit d'un acte de transcription, soit

d'un acte de mariage avec mention est délivrée à un époux demandeur ou défendeur judiciairement assisté, les officiers de l'état civil ne doivent pas réclamer le droit de 187 fr. 50. La formalité est donnée en débet. — La formalité est donnée gratis, en exécution de l'art. 4 de la loi du 10 décembre 1850, lorsque l'expédition est délivrée pour le mariage d'un indigent. La faveur octroyée par la disposition précitée s'applique même aux pièces nécessaires pour le mariage des Français indigents à célébrer à l'étranger. *Sic*, Depeiges, p. 88.

Nous donnons maintenant pour être complet les différentes circulaires rendues nécessaires par les articles 250, 251 et 252 nouveaux du Code civil.

Circulaire concernant l'application de la loi du 12 *avril* 1886, *sur la procédure en matière de divorce.*

La Préfecture de la Seine vient d'adresser aux différentes mairies de Paris, la circulaire suivante, relative à l'exécution de la loi du 12 avril 1886 :

Paris, 1er mai 1886.

« Monsieur le maire,

» La loi du 12 avril dernier, sur la procédure en matière de divorce, a supprimé l'obligation imposée aux parties de se retirer devant l'officier de l'état civil pour faire prononcer leur divorce.

» On s'est demandé si les jugements rendus sous l'empire de la législation antérieure, et à la suite desquels le divorce n'a pas encore été prononcé par le maire, peuvent être transcrits conformément à la loi nouvelle.

» M. le garde des sceaux vient de décider que cette solu-

tion ne pouvait être admise et que, pour les jugements rendus avant que la nouvelle loi fût exécutoire, les parties doivent, par application de l'ancien texte, faire prononcer la dissolution du mariage par l'officier de l'état civil.

» J'ai l'honneur de vous transmettre ces instructions, et je vous prie de vouloir bien prendre des mesures en conséquence.

» Veuillez recevoir, monsieur le maire, etc...

» Le préfet de la Seine,

» POUBELLE. »

Circulaire du Ministre de la Justice du 15 *mai* 1886.

« Monsieur le Procureur général, tout jugement rendu » en matière de divorce donne lieu à la perception d'un » droit d'enregistrement de 93 fr. 75 ; en outre, s'il y a » appel, l'arrêt est soumis à un droit de 187 fr. 50. S'il » n'y a pas appel, ce droit de 187 fr.50 reste dû néan- » moins ; mais, dans ce dernier cas, il est perçu sur la » première expédition de l'acte dressé par l'officier de l'état » civil (art. 49 de la loi du 28 avril 1816).

» Au cours de la discussion de la loi du 18 avril 1886 » sur la procédure du divorce et de la séparation de corps, » mon attention a été appelée sur la perception de ce der- » nier droit de 187 fr. 50 que quelques officiers de l'état » civil auraient réclamé à des parties auxquelles l'assis- » tance judiciaire avait été accordée.

» Cette pratique n'est pas justifiée. Le bénéfice de la » loi du 22 janvier 1851 s'applique à tous les cas de la » procédure qui ont pour but de faire acquérir à l'assisté » un titre définitif de sa créance ou de son droit. En ma- » tière de divorce, la prononciation de la dissolution du

» mariage par l'officier de l'état civil et la délivrance de
» l'expédition de cet acte forment le complément néces-
» saire et indispensable du jugement. Ces formalités doi-
» vent, en conséquence, profiter des immunités accordées
» par la loi du 22 janvier 1851.

» Sous l'empire de la loi du 18 avril dernier, qui subs-
» titue à la prononciation du divorce une transcription du
» jugement, la même règle devra être observée.

» Cette formalité n'est, en effet, que la suite de la con-
» sécration de l'instance du divorce : dès lors, aucun droit
» d'enregistrement ne doit être réclamé aux assistés lors
» de son accomplissement.

» M. le Ministre des finances partage mon sentiment
» sur ces questions. (Instruction de l'administration géné-
» rale de l'enregistrement du 5 mai 1886).

» Je vous prie, en conséquence, Monsieur le Procureur
» général, de porter ces solutions à la connaissance des
» officiers de l'état civil afin d'éviter le retour des irrégu-
» larités qui m'ont été signalées, etc... »

Circulaire de Monsieur le Procureur de la République aux maires de Paris.

Paris, le 25 juillet 1887.

Monsieur le Maire,

Sous l'empire de l'article 264 du Code civil, abrogé par la loi du 8 mai 1816 et rétabli par la loi du 27 juillet 1884, l'époux qui avait obtenu un jugement ou un arrêt de divorce devait, quand cette décision avait acquis force de chose jugée, se présenter devant l'officier de l'État-Civil, l'autre partie dûment appelée, pour faire prononcer le divorce.

La loi du 18 avril 1886, sur la procédure en matière de divorce et de séparation de corps, a modifié cette disposition.

Aujourd'hui, la formalité de la prononciation du divorce par l'officier de l'État-Civil est supprimée et le divorce est prononcé par le jugement ou l'arrêt ; mais, aux termes des articles 251 et 252 du Code civil, modifiés par la loi précitée, le dispositif de ce jugement ou de cet arrêt doit être transcrit sur les registres de l'État-Civil du lieu où le mariage a été célébré, et à défaut par les parties d'avoir requis cette transcription dans le délai de deux mois, le divorce est considéré comme nul et non avenu.

L'application des dispositions de ces deux articles 251 et 252, a donné lieu à certaines difficultés, au sujet desquelles j'ai été consulté par quelques-uns de messieurs vos collègues, et je crois utile, tant pour prévenir ces difficultés que pour établir, dans toutes les mairies du département de la Seine, une manière uniforme de procéder, de vous indiquer les règles qui me paraissent devoir vous guider en cette matière.

Délais dans lesquels doit être faite la signification.

La décision (jugement ou arrêt) qui prononce le divorce, dit l'article 252, « est signifiée dans un délai de deux mois à partir du jour où elle est devenue définitive, à l'officier de l'État-Civil compétent, pour être transcrite sur les registres. »

JUGEMENTS CONTRADICTOIRES. — Si la décision qui a prononcé le divorce émane du Tribunal de 1re instance et si elle a été rendue contradictoirement, elle devient définitive le lendemain du jour où expirent les délais d'appel.

Or les délais d'appel courent, pour les jugements contradictoires à partir de la signification du jugement à per-

sonne ou à domicile (article 443 du Code de Procédure civile). Ces délais sont de deux mois. Ils s'entendent non point de deux fois trente jours, mais de deux mois calculés d'après le calendrier grégorien ; ils sont francs, c'est-à-dire que le jour de la signification et celui de l'échéance ne sont pas comptés dans ce délai, conformément à l'article 1033 du Code de Procédure civile, dont les dispositions sont générales et doivent servir de règle pour le calcul des délais.

C'est donc du lendemain du jour de l'échéance des délais d'appel que court le délai de deux mois pour transcrire le jugement de divorce sur les registres de l'État-Civil.

Jugement par défaut. — Sous l'empire de la législation antérieure, les jugements rendus par défaut en matière de divorce n'étaient pas susceptibles d'opposition. La loi du 18 avril 1886 permet, au contraire, de faire opposition à ces jugements (art. 247).

Il faut donc, pour qu'un jugement par défaut soit définitif, attendre successivement l'expiration des délais d'opposition et d'appel.

Il faut distinguer :

Si le jugement a été signifié à la *personne* de l'époux défendeur, le délai pour faire opposition est d'un mois à partir du jour de cette signification (art. 247). C'est à l'expiration de ce délai d'un mois que courent les délais d'appel.

Si, au contraire, le jugement a été signifié non pas à la personne de l'époux défendeur, mais seulement à son *domicile*, le Président du Tribunal ordonne, à la requête du demandeur, que ledit jugement soit rendu public ; la publication en est faite dans les journaux désignés par ce magistrat dans son ordonnance.

Les délais d'opposition sont alors de huit mois, à compter du dernier acte de publicité (art. 247), et c'est à l'expiration de ces huit mois que commencent à courir les délais de l'appel.

Arrêts contradictoires. — Si la décision prononçant le divorce émane d'une Cour d'Appel et si elle a été rendue contradictoirement, elle peut être attaquée par le pourvoi devant la Cour de Cassation.

Or, en matière de divorce, le pourvoi est suspensif (art. 248).

Le délai pour se pourvoir en cassation est de *deux mois :* il court du jour de la signification de l'arrêt d'appel à la partie.

Le délai de deux mois pour transcrire commence donc à courir le lendemain de l'échéance du délai de deux mois accordé pour se pourvoir en cassation.

Arrêts par défaut. — En ce qui concerne les arrêts par défaut, les délais pour se pourvoir devant la Cour de Cassation courent à partir du jour où l'opposition n'est plus recevable (art. 248).

Quant au calcul des délais d'opposition, les règles rappelées ci-dessus pour les jugements par défaut sont applicables. Ce sont toutefois les délais pour se pourvoir en cassation qui remplacent les délais d'appel.

En matière de divorce, nul ne peut se désister du droit qu'il a d'interjeter appel ou de se pourvoir en cassation ; mais une fois l'appel interjeté ou le pourvoi formé, le désistement est possible.

1° L'appel a été interjeté ou le pourvoi formé pendant le délai de deux mois accordé à cet effet, et le désistement

se produit avant l'expiration de ce délai. — Dans ce cas, le désistement remettant les choses en état, le délai de deux mois doit être rigoureusement observé, avant que l'officier de l'État-Civil puisse opérer la transcription de la décision qui a prononcé le divorce.

2° L'appel a été interjeté, le pourvoi a été formé, mais la Cour d'appel ou la Cour de Cassation n'ont pas encore statué, et la partie se désiste, alors que le délai d'appel ou de pourvoi est expiré. — Dans cette hypothèse, le délai de deux mois accordé par la loi pour la transcription, commencera à courir du jour de la signification du désistement faite par huissier.

Si l'époux qui s'est désisté refusait de signifier son désistement, j'estime qu'il appartiendrait à la partie adverse de faire une sommation à fin de signification, dans un délai de trois jours, à l'expiration duquel le délai de deux mois pour transcrire commencerait à courir.

Vous devez, Monsieur le Maire, vous assurer que les prescriptions ci-dessus ont été observées, et par conséquent exiger rigoureusement la production des certificats énoncés en l'article 458 du Code de Procédure civile, qui, aux termes de l'article 252 du Code civil, doivent être joints à la signification de la décision ayant prononcé le divorce, c'est-à-dire : Un certificat de l'avoué de la partie poursuivante, contenant la date de la signification du jugement à l'époux défendeur ; l'attestation du greffier qu'il n'existe ni opposition ni appel et, en outre, s'il y a eu arrêt, un certificat du greffier de la Cour de Cassation constatant qu'il n'y a pas eu de pourvoi.

J'ajoute que lorsqu'il s'agit d'un jugement ou d'un arrêt par défaut, le certificat de l'avoué contenant la date de la signification doit indiquer en outre, à mon avis, que cette

signification a été faite à personne ou à domicile, et, dans certains cas, doit préciser la date du dernier acte de publicité prescrit par l'article 247 (voir ci-dessus).

Si, en effet, cette circonstance ne vous est point connue, vous êtes exposé à transcrire un jugement de divorce sans que les délais impartis à l'époux défendeur défaillant pour faire opposition et appel soient expirés. Je vous ai rappelé ci-dessus, en effet, que les délais de l'opposition pour le défendeur défaillant qui n'a pas reçu, *en personne*, la signification du jugement, sont de huit mois à compter du dernier acte de publicité.

Aux termes d'une lettre en date du 6 avril 1887, M. le Garde des Sceaux a exprimé l'avis que la production de la Grosse des décisions prononçant le divorce n'est pas nécessaire, et que Messieurs les Officiers de l'Etat-Civil peuvent se contenter d'en exiger une copie certifiée.

La copie certifiée du jugement ou de l'arrêt, celle de la signification qui vous est faite, le certificat de l'avoué contenant la date de la signification à l'époux défendeur, le certificat du greffier constatant qu'il n'y a ni opposition ni appel, le certificat de non-pourvoi s'il y a eu arrêt, doivent être annexés à celui des doubles registres destiné à être déposé au Greffe du Tribunal.

Il est de principe constant, en effet, que toutes les pièces produites à l'officier de l'État-Civil et nécessaires à la rédaction d'un acte, doivent être annexées. Transcription.

L'article 251 porte en son paragraphe 1er : « Le dispositif du jugement ou de l'arrêt est transcrit sur les registres de l'État-Civil... » Le dispositif proprement dit ne contient pas, ordinairement, l'indication suffisamment précise des noms et prénoms des époux divorcés. En le transcrivant purement et simplement, vous courriez le risque d'o-

pérer une transcription peu claire ou indéterminée et ne répondant pas à l'intention du législateur.

Il me paraît facile d'obvier à cet inconvénient en transcrivant d'abord l'indication du nom des parties telle qu'elle se trouve toujours dans les qualités du jugement. Cette mention transcrite, vous copiez à la suite le dispositif.

La transcription que vous opérerez d'un jugement ou arrêt prononçant le divorce, aura donc la physionomie suivante :

« L'an... le... à... heures du..., nous... Maire, Officier
« de l'Etat-Civil du... arrondissement de Paris ;

» Vu :

» 1° La signification à nous faite le... de la grosse d'un
» jugement du Tribunal de 1re Instance de... en date
» du... rendu entre le sieur... d'*une part*, et la dame...
» d'*autre part* (on énoncera les noms, prénoms, profes-
» sion, domicile des parties, tels qu'ils sont indiqués dans
» les qualités du jugement) ;

» 2° La grosse dudit jugement ;

» 3° Le certificat de l'avoué poursuivant... constatant
» que le jugement a été signifié, le... à..., à sa personne
» ou à son domicile; »

S'il s'agit d'un jugement par défaut, et si ce jugement a été signifié au domicile et non à la personne, on mettra : « ...... le certificat de l'avoué poursuivant...... cons-
» tatant que le jugement a été signifié le...... à...., à son
» domicile, et que le dernier acte de publicité a été fait
» le...... »

4° L'attestation du greffier du Tribunal de 1re Instance de..... constatant qu'il n'existe contre le jugement ni opposition ni appel ;

5° S'il y a eu arrêt, le certificat du greffier de la Cour de Cassation constatant qu'il n'existe contre l'arrêt aucun pourvoi;

Lesdites pièces, par nous paraphées et annexées;

Avons extrait dudit jugement et transcrit littéralement ce qui suit : « ...... (on transcrira ici le dispositif) ...... »

Le Maire.........

Il arrive souvent que les époux divorcés ne sont point nommés et prénommés dans le jugement, de la même manière que dans leur acte de mariage.

Ces erreurs ou omissions entraînent des difficultés au moment de la transcription et peuvent en soulever dans l'avenir. Il serait certainement désirable que les noms et prénoms des parties fussent exactement reproduits dans le jugement, et il serait facile à Messieurs les avoués d'arriver à ce résultat, en joignant à tout dossier de divorce une expédition de l'acte de mariage des époux.

« Que devez-vous faire cependant, quand cette précau-
» tion n'a pas été prise et que le jugement présente des
» omissions ou des erreurs dans l'indication des noms
» et prénoms des parties? »

Vous devez transcrire le jugement sans y rien changer, et il ne vous appartient pas de rectifier les erreurs qui ont pu s'y glisser.

Seulement, si les erreurs contenues dans le jugement vous paraissaient de nature à laisser un doute sur l'identité des parties, vous devriez vous refuser à faire mention de la transcription en marge de l'acte de mariage.

Vous comprenez combien il importe qu'une mention de divorce ne figure point en marge d'un acte de mariage auquel elle ne se rapporte pas.

Vous avertirez la partie poursuivante de cette situation et il lui appartiendra de se pourvoir elle-même devant le tribunal qui aura prononcé le divorce, pour faire déclarer que le jugement transcrit s'applique bien, malgré les erreurs qu'il contient, à tels époux, et doit être mentionné en marge de leur acte de mariage.

« Cette transcription, dit l'art. 252, est faite par les » soins de l'officier de l'État-Civil, le *cinquième* jour de » la réquisition, non compris les jours fériés, sous les » peines édictées par l'art. 50 du Code civil. »

« Aux termes de l'art. 251, le dispositif du jugement ou » de l'arrêt est transcrit sur les registres de l'État-Civil du » lieu où le mariage a été célébré. »

Vous ne devez donc procéder à la transcription qu'autant que le mariage a été célébré à votre mairie. Il est nécessaire que les parties ne puissent pas dissimuler leur divorce en le faisant inscrire dans un lieu autre que celui prévu par la loi. Pour vérifier si vous êtes compétent, vous n'avez qu'à vous reporter à l'acte de mariage inscrit sur vos registres ; mais pour ce faire, il vous importe de connaître la date exacte du mariage. Or les parties ne sont point en droit de vous imposer à vous-même une recherche qui peut être longue et quelquefois difficile. Assurément, votre complaisance ne leur fera jamais défaut ; mais, en principe, c'est à elles qu'il incombe de vous faire connaître la date et le lieu de leur mariage.

Il y a même des cas où vous devez exiger que la signification soit complétée par l'indication du lieu et la date du mariage. Si, par exemple, l'acte de mariage a été détruit dans l'incendie de 1871 et n'a pas été reconstitué, vous ne pouvez assurément exiger qu'on vous mette à même de vérifier sur vos registres le lieu du mariage,

puisque ces registres n'existent plus ; au moins importe-t-il que la partie poursuivante fasse, sous sa responsabilité, la déclaration que le mariage a eu lieu à votre mairie, à telle date : cette déclaration sera faite dans l'acte de signification, lequel doit être annexé au registre, comme il a été dit plus haut, et attestera ainsi, dans la mesure du possible, que la transcription a été faite par l'officier de l'État-Civil compétent.

Mariage célébré à l'étranger.

« Si le mariage a été célébré à l'étranger, la transcrip-
» tion est faite sur les registres de l'État-Civil du lieu où
» les époux avaient leur dernier domicile (art. 251). »

Dans ce cas, deux circonstances devraient être justifiées :

1° Que le mariage a été célébré à l'étranger : cette justification serait facile à faire par la production de l'acte de mariage ; je ne crois point cependant que vous puissiez exiger cette production, d'abord, parce que la loi ne met pas l'acte de mariage au nombre des pièces qui doivent être jointes à la signification, ensuite, parce qu'exiger de la partie poursuivante la production d'un acte de mariage qui peut avoir été dressé dans un pays lointain, serait, en fait, aboutir le plus souvent à l'impossibilité d'opérer la transcription dans le délai imparti par la loi ; à mon avis, vous devrez simplement exiger que la signification qui vous est faite, contienne mention de la date et du lieu du mariage ;

2° Que le lieu où la transcription est requise est celui « où les époux avaient leur dernier domicile. » — Ici encore, je ne crois pas que vous puissiez exiger de la partie poursuivante la preuve de ce fait. Dans ce cas, comme dans le précédent, il vous suffira, pour rester dans les termes de la loi, d'exiger que la signification mentionne que votre arrondissement ou votre commune est bien le lieu « où les époux avaient leur dernier domicile. »

A ne prendre que les termes de l'art. 251, il semblerait que la transcription du jugement de divorce dût avoir lieu, dans tous les cas, dans la commune ou dans l'arrondissement où les époux avaient leur dernier domicile avant de partir pour l'étranger, alors même qu'ils seraient depuis leur mariage, rentrés en France ; mais l'esprit de la loi me paraît résister à cette interprétation. Ce que le législateur a voulu, c'est que le jugement de divorce fût transcrit au lieu où il peut être le plus facilement recherché, et ce lieu lui a paru être celui du dernier domicile en France des époux divorcés ; mais cela n'est vrai qu'au regard des époux qui, ayant quitté la France, n'y sont pas revenus ou, tout au moins, n'y ont pas établi à nouveau un domicile fixe. Dans ce dernier cas, l'esprit de la loi veut que la transcription soit opérée au lieu où les époux, mariés à l'étranger et revenus en France, ont leur domicile actuel. C'est ainsi qu'aux termes de l'art. 171 du Code civil, « dans les » trois mois après le retour du Français sur le territoire » de la République, l'acte de célébration du mariage con» tracté en pays étranger sera transcrit sur le registre pu» blic des mariages du lieu de son *domicile* » et non pas du lieu du *dernier* domicile qu'il avait avant de quitter la France.

J'estime donc que dans le cas où les époux, mariés à l'étranger mais revenus en France, ont actuellement en France, non pas seulement une résidence passagère, mais un domicile bien certain et bien établi, c'est au lieu de ce domicile que la transcription du jugement de divorce doit être faite.

Visa à donner par l'officier de l'Etat civil.

Vous le voyez, la signification doit être accompagnée de certaines justifications, doit contenir certains renseignements en l'absence desquels il peut y avoir lieu de la te-

nir irrégulière et non recevable. Quand une semblable signification vous sera faite, vous ne pourrez cependant pas la considérer comme nulle et non avenue. Une conférence entre vous et l'avoué ou l'huissier des parties devient indispensable pour arriver à régulariser ou à compléter les pièces produites ; mais c'est le cinquième jour à compter de la signification que vous devez, sous les peines de l'art. 50 du Code civil, opérer la transcription. Le temps de régulariser ou de compléter les pièces réduira, absorbera peut-être le délai qui vous est imparti. Serez-vous responsable si la transcription n'a pas été opérée le cinquième jour? — Evidemment non ; on ne peut vous demander compte de l'omission de la transcription le cinquième jour, qu'autant que ce cinquième jour sera compté à partir de la date où une signification régulière et complète vous aura été faite.

Il y aurait donc lieu d'établir une pratique suivant laquelle tout original d'exploit de signification devrait être visé par vous (ou par celui de vos auxiliaires que vous auriez désigné à cet effet) au moment où vous en recevez la copie. Ce visa serait une garantie pour les parties, puisqu'il équivaudrait au reçu par vous des pièces produites, il aurait pour elles un double avantage : s'il est donné sans réserves, il signifiera que les pièces produites sont régulières et complètes, et que rien ne s'oppose à la transcription ; si, au contraire, les pièces sont irrégulières ou incomplètes, vous mentionnez sommairement à la suite de votre visa que telle pièce n'est pas jointe à la signification ou doit être régularisée, de telle sorte que la partie poursuivante se trouve ainsi avertie de suite, sans perte de temps, de ce qu'elle a encore à faire. — Enfin ce visa donné par vous sur l'original de la signification, sous réserve, s'il y a lieu,

de telle modification aux pièces, sauvegardera votre responsabilité pour le cas où la transcription n'aurait pu être faite le cinquième jour.

Cette pratique que je vous propose d'établir de concert avec Messieurs les Officiers ministériels, ne saurait être taxée d'arbitraire ; elle ne serait que l'application du droit commun en matière d'exploits remis à un officier public; c'est ainsi qu'aux termes de l'art. 68 du Code de Procédure civile, lorsqu'un huissier vous remet un exploit concernant un de vos administrés, il est tenu de vous faire viser l'original ; c'est ainsi que les exploits signifiés à mon Parquet doivent être revêtus de mon visa.

Vous pourriez donc donner des ordres au personnel de votre mairie pour que tout huissier porteur d'une signification de jugement de divorce soit introduit auprès de celui de vos auxiliaires désigné à cet effet, lequel examinera les pièces produites, apposera son visa sur l'original de la signification et y mentionnera, s'il y a lieu, les réserves convenables.

De la mention en marge de l'acte de mariage.

L'art. 251 de la loi sur le divorce porte que : « mention » est faite du jugement ou arrêt, en marge de l'acte de » mariage, conformément à l'art. 49 du Code civil. »

Malgré les termes de cet article, ce n'est, évidemment, point le jugement qui doit être mentionné, mais bien la transcription du jugement.

D'après l'art. 252, en effet, le divorce n'est acquis que par le fait de la transcription régulièrement opérée ; or la mention mise en marge de l'acte de mariage a pour but d'indiquer que ce mariage a été dissous. Le jugement par lui seul ne produisant pas cet effet, il est constant que c'est la mention de la transcription qui doit être faite en marge de l'acte de mariage.

Cette mention sera faite dans les termes suivants :

« Le ..... sur les registres de l'Etat-Civil de.... a été
» transcrit un jugement du Tribunal Civil en date du.....
» mil..... qui a prononcé le divorce des époux dénom-
» més ci-contre ; dont mention faite par nous, officier de
» l'Etat-Civil. »

Si l'acte du mariage célébré à l'étranger et dissous par le jugement de divorce a été transcrit en France, mention de la transcription du jugement doit être faite en marge de cet acte de mariage (art. 251). Cette mention sera faite, conformément aux dispositions de l'art. 49 du Code civil, c'est-à-dire à la requête de l'une des parties, sur la production de la transcription du jugement.

Droits d'Enregistrement.

Lorsqu'il n'y a pas eu appel du jugement prononçant le divorce, un droit de 187 fr. 50 est dû sur l'acte de transcription effectuée par l'officier de l'État-Civil et est perçu par le Receveur au moment de l'Enregistrement de l'expédition. Ce droit n'étant perçu que sur la première expédition de l'acte, lors de sa délivrance aux intéressés, vous devez indiquer en marge de la minute la formalité donnée à la première expédition.

La même indication sera faite dans les expéditions ultérieures, le droit d'enregistrement étant susceptible d'être perçu sur les expéditions dépourvues de ladite mention.

Je dois ajouter que les règles de l'assistance judiciaire pour l'enregistrement en débet sont applicables en cette matière.

Du divorce prononcé à l'étranger.

Il arrive fréquemment que des personnes mariées en France et divorcées à l'étranger, vous demandent de mentionner en marge de l'acte de leur mariage le jugement qui a prononcé leur divorce.

Devez-vous, dans ce cas, exiger préalablement que le

jugement rendu par le Tribunal étranger ait été revêtu de l'*Exequatur* des Tribunaux français ?

Il faut distinguer :

Si le divorce a été prononcé à l'étranger entre Français, vous ne devez accepter le jugement pour valable en France qu'autant qu'il aura été rendu exécutoire par les Tribunaux français ; il importe, en effet, que deux époux français ne soient pas tenus en France pour légalement divorcés, quand la dissolution de leur mariage a pu être prononcée à l'étranger pour des motifs ou dans des conditions que n'admet pas la loi française.

Si, au contraire, il s'agit d'un jugement de divorce prononcé entre étrangers par les tribunaux de leur pays, les étrangers étant régis par leur statut personnel, cette décision est de plein droit valable en France, et vous pouvez la mentionner en marge de l'acte de mariage, à la seule condition qu'on vous en produise une expédition authentique et dûment enregistrée et légalisée.

Cette jurisprudence a été récemment sanctionnée par un jugement du Tribunal de la Seine.

Quelles pièces doit produire la personne divorcée qui désire contracter un second mariage ?

La personne divorcée qui désire contracter un second mariage, doit produire une expédition de la transcription du jugement ou de l'arrêt qui a prononcé le divorce. Une expédition de l'acte du premier mariage portant mention de la transcription du jugement de divorce ne serait pas suffisante ; la mention mise en marge des registres de l'État-Civil, ne tient pas lieu, en effet, de l'acte en vertu duquel elle a été opérée, mais n'est qu'une indication d'avoir à se reporter à cet acte.

Ce délai est fixé par l'article 296, qui dispose que « la femme divorcée ne pourra se remarier que dix mois après que le divorce sera devenu définitif ».

Sous l'empire de la loi du 27 juillet 1884, ce délai ne pouvait commencer à courir qu'à compter de l'acte même de célébration du divorce ; mais cette situation a été modifiée par la loi du 18 avril 1886. Désormais, ce n'est plus l'officier de l'État-Civil, c'est le Tribunal qui prononce le divorce, et j'estime que le point de départ du délai de dix mois fixé par l'article 296, doit être le jour du jugement, à la condition, bien entendu, que le jugement soit devenu définitif, avant qu'il soit procédé à une nouvelle union.

Tels sont, Monsieur le Maire, les points sur lesquels il m'a paru utile d'appeler votre attention. Pour arriver à l'observation des règles que je vous indique, il vous sera nécessaire, dans certains cas, de vous entendre avec Messieurs les Avoués et Huissiers.

Je suis convaincu que vous trouverez de leur part, dans la mesure qui leur appartient, un concours dévoué pour vous faciliter la tâche souvent délicate qui vous est imposée par la loi du 18 avril 1886.

Veuillez agréer, Monsieur le Maire, l'assurance de ma considération très distinguée.

Pour copie conforme :

Le Substitut délégué, L. AYRAULT.

Le Procureur de la République, O. BERNARD.

Circulaire de Monsieur le Procureur de la République au Président de la Chambre des avoués.

Paris, le 25 juillet 1887.

Monsieur le Président,

L'application de la loi du 18 avril 1886 sur la Procédure en matière de divorce, donne lieu (tout au moins en

ce qui concerne la transcription de la décision judiciaire sur les registres de l'État-Civil) à des difficultés qui me paraissent ne pouvoir être aplanies que par le concours des Conseils des parties qui requièrent cette transcription. Aussi, tant dans l'intérêt du service de l'État-Civil dans les mairies, que dans l'intérêt des personnes dont vous êtes le mandataire, j'ai l'honneur de vous soumettre les considérations suivantes :

I. — Il arrive souvent que les époux divorcés ne sont point nommés et prénommés dans le jugement de la même manière que dans leur acte de mariage.

Ces erreurs ou omissions entraînent des difficultés au moment de la transcription, et peuvent en soulever dans l'avenir. L'Officier de l'État-Civil peut être en droit, si les erreurs ont quelque importance, de refuser d'opérer la mention de la transcription du jugement en marge de l'acte de mariage des parties.

Il serait donc extrêmement désirable que les noms et prénoms des parties fussent toujours exactement reproduits dans les qualités du jugement, et, pour arriver à ce résultat, il suffirait que dans le dossier de toute procédure en divorce, fût versée une expédition de l'acte de mariage.

II. — Le jugement doit être transcrit sur les registres de l'État-Civil, le cinquième jour de la signification qui en est faite au Maire. Il importe donc que la signification soit régulière et faite dans des conditions de nature à permettre à l'Officier de l'État-Civil de remplir, au jour prescrit, l'obligation qui lui est imposée. La pratique m'a permis de constater que tel n'est point toujours le cas.

Je me permets de vous rappeler que la signification doit être accompagnée :

1° D'un certificat de l'avoué de la partie poursuivante,

constatant la date de la signification du jugement à l'époux défendeur.

Lorsqu'il s'agit d'un jugement ou d'un arrêt par défaut, le certificat me paraît devoir indiquer, en outre, si cette signification a été faite à personne ou à domicile, et, dans ce dernier cas, doit préciser la date du dernier acte de la publicité prescrite par l'article 247 ; date à partir de laquelle court le délai de huit mois, pendant lequel le défendeur défaillant peut faire opposition.

L'Officier de l'État-Civil, en effet, ne doit transcrire un jugement ou arrêt prononçant le divorce, qu'autant qu'il lui est établi que ce jugement ou arrêt est devenu définitif; s'il ne connaît pas les circonstances dans lesquelles la décision par défaut a été signifiée à l'époux défaillant, il est exposé à transcrire cette décision avant que les délais pour faire opposition soient expirés, et il pourrait ainsi engager sa responsabilité.

2° D'un certificat de Greffier constatant qu'il n'existe ni opposition ni appel;

3° S'il y a eu appel, du certificat de non pourvoi.

III. — Le Maire ne doit transcrire le jugement ou arrêt de divorce que s'il est compétent pour le faire, c'est-à-dire si l'acte de mariage des époux a été dressé à sa mairie. Il me paraît que c'est aux parties à faire la preuve de cette circonstance; ce n'est pas à l'Officier de l'État-Civil à rechercher l'acte de mariage des époux divorcés; les parties doivent donc lui indiquer le lieu et la date de cet acte pour qu'il puisse s'y reporter.

Un Maire requis de transcrire un jugement de divorce sans qu'il lui soit déclaré, en même temps, que c'est dans son arrondissement ou dans sa commune que le mariage a été célébré, peut se considérer comme irrégulièrement

requis. Il est, en tout cas, obligé de s'adresser à vous pour connaître la date de cet acte; il en résulte des retards qui seraient facilement évités si la signification portait l'indication du lieu et de la date de l'acte de mariage.

Il serait préférable, à mon avis, que cette indication fût toujours mentionnée dans les qualités du jugement, où l'Officier de l'État-Civil n'aurait qu'à se reporter.

Si l'acte de mariage a été détruit dans l'incendie de 1871 et n'a pas été reconstitué, le Maire ne peut évidemment s'y reporter. Il lui sera donc indispensable de trouver dans la signification du jugement ou dans les qualités dudit jugement l'indication du lieu et de la date de mariage; il devra d'ailleurs se contenter de cette indication puisqu'aucune preuve ne peut, dans ce cas, lui être fournie.

De même quand l'acte de mariage a été célébré à l'étranger, la signification du jugement doit mentionner que la transcription est requise en tel lieu, parce que ce lieu est celui où les époux divorcés avaient leur dernier domicile ou celui dans lequel ils ont de nouveau fixé en France un domicile fixe et certain.

Il peut donc arriver, fréquemment, que la nécessité de régulariser ou de compléter les pièces produites s'impose. Pour alléger, dans la mesure du possible, les retards qui en résultent, j'ai proposé à Messieurs les Maires d'établir, de concert avec vous, une pratique suivant laquelle l'original de toute signification à fin de transcription devrait être visé par lui ou celui de ses auxiliaires délégué à cet effet. Ce visa serait une garantie pour les parties, car il équivaudrait au reçu par le Maire de la signification et des pièces produites. Il aurait encore pour elles les avantages suivants : s'il est donné par le Maire sans réserves, il signifiera que les pièces produites sont régulières et com-

plètes; si, au contraire, les pièces sont irrégulières ou incomplètes, l'Officier de l'État-Civil mentionnera sommairement, à la suite de son visa, les modifications à apporter, de telle sorte que la partie poursuivante en sera avertie sans retard, et sans nouveaux dérangements pour vous.

Cette pratique ne saurait être taxée d'arbitraire; elle ne serait que l'application du droit commun en matière d'exploits remis à un Officier public. C'est ainsi qu'aux termes de l'article 68 du Code de Procédure Civile, lorsqu'un huissier remet un exploit à un Maire, il est tenu de faire viser l'original; c'est ainsi que les exploits signifiés à mon Parquet sont également revêtus de mon visa.

Il va sans dire que Messieurs les Huissiers ne me paraissent pas en droit de se présenter aux Maires, pour signifier les jugements en question, en dehors des heures réglementaires d'ouverture des bureaux.

IV. — Il me paraît enfin utile de vous faire connaître qu'aux termes d'une lettre en date du 6 avril 1887, Monsieur le Garde des Sceaux a exprimé l'avis que la production de la Grosse des décisions prononçant le divorce n'est pas nécessaire, et que Messieurs les Officiers de l'État-Civil peuvent se contenter d'en exiger une copie certifiée.

Telles sont, Monsieur le Président, les observations que j'ai cru devoir vous soumettre, convaincu qu'elles pourront servir à faciliter l'application des dispositions des articles 251 et 252 du Code Civil modifiés par la loi du 18 avril 1886.

Veuillez agréer, Monsieur le Président, l'assurance de ma considération très distinguée.

Pour le Procureur de la République,

LUCIEN AYRAULT.

Instruction relative à l'exécution de la Loi du 18 *avril* 1886 *sur la procédure en matière de Divorce.*

Du 5 Mai 1886

Les règles concernant la procédure en matière de divorce ont été modifiées par une loi du 18 avril 1886, insérée au *Journal Officiel* du 20 du même mois.

Antérieurement, le divorce était admis par l'autorité judiciaire et prononcé par l'Officier de l'État-Civil.

Aux termes de la loi nouvelle, il est prononcé par le jugement ou l'arrêt qui l'admet. Le dispositif de ce jugement ou de cet arrêt est transcrit sur les registres de l'État-Civil du lieu de la célébration du mariage et mention en est faite en marge de l'acte de mariage. Quand le mariage a été célébré à l'étranger, la transcription dont il s'agit est opérée sur les registres de l'État-Civil du lieu du dernier domicile des époux, et la mention prescrite est effectuée en marge de l'acte de mariage, s'il a été transcrit en France.

Jugement et arrêt.

Les dispositions nouvelles ne modifient pas les règles d'exigibilité du droit d'enregistrement établi par la loi du 28 avril 1816, articles 48 n° 2 et 49 n° 2, sur le jugement ou l'arrêt prononçant le divorce. En conséquence, le jugement reste soumis au droit fixe de 75 francs et l'arrêt au droit fixe de 150 francs, comme par le passé.

Transcription. — Mention.

La transcription du jugement ou de l'arrêt sur les registres de l'État-Civil et la mention qui doit être faite en marge de l'acte de mariage ne donnent ouverture, par elles-mêmes, à aucun droit d'enregistrement.

Expédition.

La loi du 28 avril 1816 soumet au droit fixe de 150 francs l'arrêt qui prononce définitivement sur la demande en divorce, et ce droit est perçu lors de l'enregistrement de l'arrêt.

La même loi décide que si le jugement prononçant le divorce ne donne pas lieu à un arrêt de la Cour d'appel, le droit de 150 francs, qui eût été exigible sur cet arrêt, est perçu sur l'acte de l'État-Civil constatant le divorce.

Ces règles ne sont pas changées. Mais l'acte dressé par l'Officier de l'État-Civil est aujourd'hui remplacé par la transcription sur les registres de l'État-Civil de la décision judiciaire qui prononce définitivement le divorce et par la mention de cette décision en marge de l'acte de mariage (Code Civil, articles 251 et 252 nouveaux). La perception du droit de 150 francs doit donc s'opérer désormais d'après la distinction suivante :

S'il n'y a pas appel du jugement de première instance, le droit de 150 francs est dû sur la première expédition de la transcription de ce jugement ou de l'acte de mariage modifié par la mention faite en marge.

En cas d'appel, le droit étant perçu sur l'arrêt ne doit pas être exigé sur l'expédition de la transcription ou de la mention de cet arrêt.

Assistance judiciaire.

L'expédition assujettie à l'enregistrement doit recevoir la formalité en débet quand elle est délivrée à l'époux demandeur ou défendeur judiciairement assisté. La transcription du jugement sur les registres de l'État-Civil et la mention ordonnée en marge de l'acte de mariage font, en effet, partie intégrante de la procédure de l'action en divorce et ne présentent pas le caractère des actes d'exécution auxquels le bénéfice de la loi du 22 janvier 1851 n'est pas acquis de plein droit.

Mariages d'indigents.

La formalité est donnée gratis en exécution de l'article 4 de la loi du 10 décembre 1850 (Instr. 1876) lorsque l'expédition est délivrée pour le mariage d'un indigent.

On rappelle à ce sujet que la faveur octroyée par la dis-

position précitée s'applique aux pièces nécessaires pour le mariage des Français indigents à célébrer à l'étranger (Instr. 2204, § 2) et qu'il y a lieu d'admettre, pour la constatation de l'indigence, les certificats délivrés en pays étranger, suivant les formes usitées dans ces pays, par des autorités remplissant des fonctions analogues à celles des autorités françaises désignées dans l'article 6 de la loi du 10 décembre 1850, à la condition que ces certificats soient revêtus du visa des agents consulaires de France (Instr. 2407).

Le Directeur général de l'Enregistrement, des Domaines et du Timbre,

E. BOULANGER.

FIN DU TOME QUATRIÈME.

TABLE DES MATIÈRES

QUATRIÈME PARTIE.

DU DIVORCE ET DE LA SÉPARATION DE CORPS AU POINT DE VUE DE LA DOCTRINE ET DE LA PROCÉDURE.

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES

Imprimerie Générale de Châtillon-sur-Seine. — M. Pepin.

